

# **Konsekvenser av ulovfestet gjennomskjæring**

Kandidatnummer: 518

Leveringsfrist: 25.11.2007

Til sammen 13 399 ord

26.11.2007

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Generelt	1
1.2	Avgrensninger	1
1.3	Terminologi	2
1.4	Om den videre disposisjon	2
<b><u>2</u></b>	<b><u>OMGÅELSESNORMEN</u></b>	<b><u>3</u></b>
2.1	Innledning og historikk	3
2.2	Egenverdivurderingen	5
2.2.1	Innledning	5
2.2.2	Det nærmere innhold av egenverdikravet	5
2.3	Illojalitetsvurderingen	7
2.3.1	Innledning	7
2.3.2	Det nærmere innhold av Illojalitetskravet	8
<b><u>3</u></b>	<b><u>NÆRMERE OM DE SKATTEMESSIGE KONSEKVENSER AV GJENNOMSKJÆRING</u></b>	<b><u>10</u></b>
3.1	Innledning	10
3.2	Generelt om rettskilder knyttet til sekundære konsekvenser av ulovfestet gjennomskjæring	11
<b><u>4</u></b>	<b><u>SALG OG GJENKJØP AV AKSJER</u></b>	<b><u>13</u></b>

<b>4.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>13</b>
<b>4.2</b>	<b>Rettspraksis</b>	<b>14</b>
<b>4.3</b>	<b>Eksempel</b>	<b>16</b>
<b>4.4</b>	<b>Analyse av de sekundære konsekvenser</b>	<b>17</b>
4.4.1	Vurdering av alternativ A	17
4.4.2	Vurdering av alternativ B	19
4.4.3	Vurdering av alternativ C	20
<b>4.5</b>	<b>Sammenfatning</b>	<b>21</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>KONSERNINTERNT SALG AV AKSJER MED TAP</u></b>	<b><u>22</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>22</b>
<b>5.2</b>	<b>Rettspraksis</b>	<b>23</b>
<b>5.3</b>	<b>Administrativ praksis</b>	<b>24</b>
<b>5.4</b>	<b>Eksempel</b>	<b>25</b>
<b>5.5</b>	<b>Analyse av sekundære konsekvenser</b>	<b>27</b>
5.5.1	Vurdering av alternativ A	28
5.5.2	Vurdering av alternativ B	29
5.5.3	Vurdering av alternativ C	32
5.5.4	Vurdering av alternativ D	34
<b>5.6</b>	<b>Sammenfatning</b>	<b>39</b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>SALG AV AKSJER KONTRA INNMATSSALG</u></b>	<b><u>41</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>41</b>
<b>6.2</b>	<b>Administrativ praksis</b>	<b>43</b>
<b>6.3</b>	<b>Eksempel</b>	<b>44</b>

<b>6.4</b>	<b>Analyse av de sekundære konsekvenser</b>	<b>46</b>
6.4.1	Konsekvenser for selger	47
6.4.2	Konsekvenser for kjøper	50
<b>6.5</b>	<b>Sammenfatning</b>	<b>54</b>
<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>		<b><u>56</u></b>
<b><u>LOV- OG FORARBEIDREGISTER</u></b>		<b><u>56</u></b>
<b><u>DOMSREGISTER</u></b>		<b><u>57</u></b>

## **1 Innledning**

### **1.1 Generelt**

Oppgavens primære siktemål er å gi en gjennomgang og analyse av konsekvenser av ulovfestet gjennomskjæring. Innledningsvis vil det også bli redegjort for de vilkår som oppstilles for ulovfestet gjennomskjæring. Når man snakker om konsekvenser eller virkninger av ulovfestet gjennomskjæring kan det terminologisk skilles mellom primære konsekvenser og sekundære konsekvenser. De primære konsekvenser følger direkte av at skattemyndighetene eller domstolene foretar gjennomskjæring. Det aktuelle fradrag eller den gunstigere posisjon skattyter forsøker å oppnå gjennom den/de transaksjoner som er foretatt, bortfaller for skattemessige formål. Sekundære konsekvenser er de mer indirekte følger av gjennomskjæringen. Slike sekundære konsekvenser kan oppstå både for selger og kjøper i en transaksjon. Hovedfokus i denne oppgaven vil være de sekundære skattemessige konsekvenser som kan oppstå i forbindelse med gjennomskjæring.

### **1.2 Avgrensninger**

Oppgavens tema må avgrenses mot andre former for arrangementer som skattesubjekter foretar i den hensikt å spare skatt. For det første må oppgavens tema avgrenses mot faktiske handlinger med skattebesparelsen for øye. Dette omfatter bl.a. skatteunndragelse, flytting til annen skattejurisdiksjon m.m. Videre må det avgrenses mot proformahandlinger, uriktig betegnelse og forsøk på tilordning av inntekt/fradrag til andre skattesubjekt. Videre kan omgåelse skje på et internasjonalt nivå ved at man forsøker å tilordne inntekten til andre skattejurisdiksjoner hvor det er gunstigere beskatning i enkelte tilfeller, herunder internprising, tynn kapitalisering, captive-saker og utnyttelse av skatteavtaler. Dette avgrenses det også mot. Lovfestet gjennomskjæring etter skatteloven § 14-90 er heller ikke tema for oppgaven, utover hvor den brukes til å belyse den ulovfestede gjennomskjæringsnorm. Avslutningsvis avgrenses det mot omgåelse av andre rettsregler, selskapsrettslig gjennomskjæring og lovtolkning.

### 1.3 Terminologi

Temaet for oppgaven er som nevnt konsekvenser av ulovfestet gjennomskjæring. I norsk rettspraksis og teori har dette rettsgrunnlag fått flere navn. Andre betegnelser er omgåelse, omklassifisering, tilsidesettelse m.m. I den videre drøftelse vil jeg benytte omgåelse og gjennomskjæring om hverandre som betegnelse på det ulovfestete rettsgrunnlaget som omgåelsesnormen er.

### 1.4 Om den videre disposisjon

Den videre fremstilling er delt i to deler, en generell og en spesiell. Den generelle delen omhandler rettsgrunnlaget for gjennomskjæring og de vilkår som kan utledes av rettspraksis. Dette vil bli behandlet i kapittel 2. Den spesielle delen behandles i kap 3-6. I disse kapitlene vil de sekundære konsekvenser av gjennomskjæring bli analysert og drøftet. I slutten av kapittel 4, 5 og 6 vil det bli foretatt en sammenfatning.

## 2 Omgåelsesnormen

### 2.1 Innledning og historikk

Zimmer skriver i sin lærebok<sup>1</sup> på s. 58:

*”I et nøtteskall er problemstillingen denne: På den ene side anses det helt legitimt å innrette seg slik at skatten blir lavest mulig (skatteplanlegging); på den annen side må det være en grense for hvilke arrangementer med skattereduksjon for øye som kan aksepteres. Det er i bunn og grunn de mulighetene som avtalefriheten gir, som skaper spørsmålene.”*

Selv om det ikke finnes en lovfestet rettsregel for alminnelig/generell gjennomskjæring, er det klart at det i et samspill mellom rettspraksis og teori har vokst frem en ulovfestet gjennomskjæringsnorm. Rettsgrunnlaget til normen er således en lang rekke høyesterettsdommer, og innholdet beror på hva som kan utledes av disse.<sup>2</sup>

Det første tegn på Høyesteretts anvendelse av omgåelsesbetraktninger finner man i de såkalte *aksjesalgdommene*<sup>3</sup> på begynnelsen av 1920-tallet. Etter dette, har som sagt Høyesterett behandlet en rekke gjennomskjæringstilfeller og gradvis utviklet den ulovfestede omgåelsesnormen.

I 1962 kom Kvisli med en systematisering og gjennomgang av praksis fra Høyesterett i sin bok – *Innføring i skatteretten*.<sup>4</sup> Han lanserte for første gang kravet til egenverdi ved transaksjonen, den såkalte egenverditesten.

---

<sup>1</sup> Zimmer (2005)

<sup>2</sup> Zimmer, op. cit. s. 61.

<sup>3</sup> Rt. 1921 s. 331, Rt. 1921 s. 462, Rt. 1924 s. 435, Rt. 1927 s. 1064 m.m.

<sup>4</sup> Kvisli (1962)

Den neste teoretiske behandlingen av omgåelsesnormen kom i 1970, ved Aarbakkes artikkel – Omgåelse av skatteregler som rettsanvendelsesproblem.<sup>5</sup>

Av teoretiske behandlinger i den seneste tid, må nevnes Banouns doktorgrad – Omgåelse av skattereglene.<sup>6</sup> I denne avhandlingen blir det gitt en grundig gjennomgang og vurdering av Høyesteretts praksis i omgåelsessaker.

Ved en gjennomskjæring settes skattyters formelle disposisjon(er) til side for skattemessige formål, og skattemyndighetene foretar er beskatning basert på den underliggende realitet. Vilklårene for gjennomskjæring er angitt på følgende måte i ABB-dommen:<sup>7</sup>

*”Gjennomskjæring kan ikke foretas utelukkende fordi en transaksjon er skattemessig motivert. Men dersom de skattemessige virkningene fremtrer som hovedsaken, kan det være grunnlag for gjennomskjæring. Avgjørelsen beror på en totalvurdering hvor de sentrale spørsmål er hvilken egenverdi disposisjonen har ut over skattebesparelsen, og om det skatterettslige resultatet ved å følge formen fremtrer som stridende mot skattereglenes formål.”*

I det følgende (punkt 2.2 og 2.3) vil det bli gitt en kort gjennomgang av den såkalte egenverdivurderingen og illojalitetsvurderingen.

---

<sup>5</sup> Aarbakke (1970) s. 1-24

<sup>6</sup> Banoun (2003)

<sup>7</sup> Rt. 1999 s. 946



## 2.2 Egenverdivurderingen

### 2.2.1 Innledning

Kravet til egenverdi er blitt utviklet gjennom rettspraksis og teori. Innholdet av kravet er grovt sagt at transaksjonen må ha andre formål og virkninger enn de rent skattemessige.

### 2.2.2 Det nærmere innhold av egenverdikravet

Et godt utgangspunkt for redegjørelsen er Kvislis uttalelse:<sup>8</sup>

*”Det vil neppe i noe tilfelle være tilstrekkelig å påvise at en transaksjon er fremkalt av skattemessige hensyn. Men jo mer formløs transaksjonen vil bli hvis de skattemessige hensyn kuttet ut, jo sterkere vil preget av arrangement være. Har transaksjonen ikke en viss egenverdi m.h.t. økonomiske realiteter, vil de skatterettslig sett ligge i faresonen selv om de privatrettslig sett er uangripelige.”*

Praksis fra Høyesterett viser at både nærvær av skattemessige forhold og fravær av ikke-skattemessige forhold har vært i fokus når egenverdien av transaksjonen skal vurderes.

Et spørsmål som har blitt diskutert i teorien, er hva som skal vurderes. Er det transaksjonens formål (motiv) eller er det transaksjonens virkninger?

Banoun konkluderer med at *”både skattemessige og ikke-skattemessige formål og virkninger er av betydning for anvendelsen av den ulovfestede omgåelsesregel. Når både virkninger og formål er juridisk relevante, vil det ikke være nødvendig med noen grensedragning mellom kategoriene”*<sup>9</sup>.

Aarbakke<sup>10</sup> er uenig i dette, og viser til Høyesteretts dom i Siraco.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Kvisli, op. cit.

<sup>9</sup> Banoun, op. cit., s. 309

<sup>10</sup> Aarbakke, op. cit.

Etter min oppfatning synes det som om Høyesterett har lagt vekt på både formål og virkninger når de har vurdert egenverdien av en transaksjon. Jeg vil imidlertid nøye meg med å vise til at det har vært en uenighet i teorien m.h.t. temaet, da dette ikke er oppgavens hovedtema.

I forhold til virkninger, kan det stilles et spørsmål om hvordan ulemper for skattyteren ved transaksjonen skal vektlegges. Det har vært en diskusjon i teorien om hvorvidt ulemper er et moment for gjennomskjæring eller mot gjennomskjæring. Folkvord<sup>12</sup> anser at dette må tale for gjennomskjæring, da skattyter til tross for ulempene velger å gjennomføre transaksjonen. Banoun, og etter min oppfatning også Høyesterett, har anført det motsatte standpunkt, nemlig at ulemper er et moment mot gjennomskjæring. Noen konklusjon er det imidlertid vanskelig å komme frem til.

I forlengelsen av drøftelsen ovenfor kan det oppstilles et spørsmål om egenverdivurderingen både skal ta hensyn til subjektive og objektive forhold, eller om vurderingen skal være rent objektiv.

Høyesterett har som regel lagt en objektiv vurderingsnorm til grunn ved praktiseringen av egenverdivurderingen. Dette synet er også blitt hevdet i forarbeider<sup>13</sup> og teori.<sup>14</sup> Banoun anfører følgende:

*”Hovedregelen må være at skattyterens faktiske motiv ikke utgjør noe vilkår. Fokus på objektive forhold gjør at gjennomskjæring får nærmere tilknytning til alminnelig lovtolkning og formålsbetraktninger. Rettsanvenderen vurderer om forhold ved den aktuelle transaksjon tilsier at skattyteren erverver en skattefordel.”<sup>15</sup>*

---

<sup>11</sup> Rt. 1963 s. 478

<sup>12</sup> Folkvord (2006)

<sup>13</sup> Ot.prp.nr. 16 (1991-92) s. 41

<sup>14</sup> Aarbakke, op. cit. s. 7

<sup>15</sup> Banoun, op. cit. s. 309

På et forhold får imidlertid skattyters subjektive forhold betydning. Dette gjelder i de såkalte sammenhengsbetraktningssakene. Her vil skattyters subjektive planlegging av transaksjonsserien få betydning i egenverdivurderingen.

Når man ved egenverdivurderingen skal veie de skattemessige forhold opp mot de ikke-skattemessige (forretningsmessige) forhold, kan det spørres om størrelsen på den skattefordel som oppstår ved transaksjonen er av betydning. Det kan spørres om det kreves større egenverdi for de transaksjoner som gir stor skattefordel, slik at egenverdien er en relativ størrelse. På denne måten vil størrelsen av skattefordelen være en "ramme" for egenverdien. Dette er det ikke lett å gi et svar på, da dette sjeldent kommer på spissen da skattefordeler av mindre størrelse sjeldent vil bli tatt opp av likningsmyndighetene.

Hvor stor del egenverdi som kreves for at transaksjonen/forholdet vil gå klar av gjennomskjæring, blir slik jeg oppfatter det et relativt spørsmål. Det kan ikke settes en matematisk/prosentvis grense, men vil avhenge av flere forhold. Det må foretas en objektiv vurdering av hele transaksjonens/forholdets formål og virkninger. Kommer rettsanvenderen til at det er tilstrekkelig innslag av egenverdi, vil gjennomskjæring ikke kunne foretas.

## 2.3 Illojalitetsvurderingen

### 2.3.1 Innledning

Kravet til illojalitet representerer en skranke for skattemyndighetene eller domstolene til å foreta gjennomskjæring i tilfeller hvor skattyter helt legitimt har planlagt og utført transaksjonen/forholdet på en bestemt måte for å spare skatt. Det foreligger således i utgangspunktet ingen begrensinger for skattyter i forhold til å innrette seg etter lovverket for å spare skatt. Heller ikke kan gjennomskjæring komme til anvendelse i de tilfeller hvor lovgiver selv har vedtatt en lovregel (på skatterettens område) som godtar transaksjoner med liten eller ingen egenverdi.

Gjennomskjæring kan imidlertid komme til anvendelse hvor skattyter innretter seg slik at han på en ”illojal” eller ”urimelig” måte utnytter skattereglene for å oppnå en skattemessig gunstigere posisjon.

Essensen av kravet til illojalitet eller urimelighet er at det må foreligge en motstrid mellom transaksjonen/forholdet og skattelovgivningen.<sup>16</sup>

### 2.3.2 Det nærmere innhold av Illojalitetskravet

Når rettsanvenderen skal vurdere om en transaksjon eller et forhold er illojalt mot skattelovgivningens formål eller grunnlag, oppstår et spørsmål om hva som skal prøves mot skattelovgivningens formål/grunnlag.

Det er klart at de privatrettslige disposisjonene skattyteren har foretatt ikke i seg selv kan anses som illojale pr. definisjon. Det er som Banoun<sup>17</sup> hevder ikke i seg selv illojalt å kjøpe og selge aksjer, eller å omorganisere et selskap.

Det må være transaksjonens virkning/skattefordel som må holdes opp mot skattelovgivningen, og så må det vurderes om denne virkning/fordel er illojal mot eller er en urimelig utnyttelse av skattelovgivningen. Dette er også kommet frem i bl.a. Zenith-dommen,<sup>18</sup> ABB-dommen<sup>19</sup> og Nygård-dommen.<sup>20</sup>

Når rettsanvenderen skal foreta denne vurderingen, blir neste spørsmål om vurderingen skal skje isolert i forhold til den enkelte lovbestemmelse eller i forhold til skattelovgivningen i sin helhet.

---

<sup>16</sup> Banoun, op. cit., s. 330

<sup>17</sup> Banoun, op. cit., s. 331

<sup>18</sup> Rt. 1999 s. 946

<sup>19</sup> Rt. 2000 s. 1865

<sup>20</sup> Rt. 1997 s. 1580

Aarbakke-utvalget<sup>21</sup> og praksis viser at det avgjørende er det grunnlag skattelovgivningen bygger på. Å ta utgangspunkt i formålet bak den enkelte regel som forsøkes utnyttet er et for snevert utgangspunkt. Lovens struktur, formål og grunnlag vil være aktuelle parametere når illojaliteten/urimeligheten skal vurderes.

Hensynet til effektivitet, symmetri, forutberegnelighet og proveny er fremhevet i forarbeidene som bærende hensyn bak skattelovens regler. Etter min oppfatning er de tre første av disse formålene av vesentlig betydning når illojaliteten skal vurderes.

---

<sup>21</sup> Ot.prp.nr. 16 (1991-1992)

### **3 Nærmere om de skattemessige konsekvenser av gjennomskjæring**

#### **3.1 Innledning**

I de neste kapitlene (4, 5 og 6) skal det foretas en gjennomgang og analyse av tre tilfeller av gjennomskjæring ved salg av aksjer med fokus på de sekundære konsekvenser som kan oppstå i forbindelse med gjennomskjæring. De aktuelle tilfellene er:

- kjøp og gjenkjøp av aksjer (sirkulære transaksjoner)
- konserninternt salg av aksjer med tap
- salg av aksjer kontra salg av innmat

Som nevnt ovenfor vil den umiddelbare konsekvensen av at skattemyndighetene foretar gjennomskjæring være at det skjer en beskatning som baseres på den underliggende realitet (konstruert realitet) og ikke etter den formelle form som er brukt. Den primære konsekvens av dette vil være at det gunstige resultat for skattyter bortfaller. Dette kan bl.a. være at et fradrag ikke blir innrømmet eller at en gevinst blir ansett som skattepliktig.

Gjennomskjæringen kan imidlertid også ha andre mer indirekte konsekvenser for skattyter. Dette gjelder både på selger- og kjøpersiden av en transaksjon.

Nedfor vil jeg analysere de forskjellige typetilfellene med fokus på de sekundære virkninger en gjennomskjæring kan medføre. Analysen tar ikke sikte på å være uttømmende, men målet er å gi en utførlig gjennomgang og drøftelse av mulige sekundære konsekvenser av gjennomskjæring.

I anledning drøftelsen av de forskjellige situasjonene har jeg funnet det hensiktsmessige å lage praktiske eksempler for å bedre kunne belyse de sekundære konsekvenser som kan oppstå ved gjennomskjæring.

### 3.2 Generelt om rettskilder knyttet til sekundære konsekvenser av ulovfestet gjennomskjæring

Det foreligger ikke mye rettspraksis vedrørende problemstillingen. Høyesterett har behandlet en rekke saker om gjennomskjæring, men sjeldent uttalt seg noe om konsekvenser av gjennomskjæringen. I noen saker har imidlertid Høyesterett uttalt seg kort om temaet, dette bl.a. i Hydro-<sup>22</sup> og Zenith-dommen.<sup>23</sup> Videre foreligger det heller ikke mye administrativ praksis om temaet, men Overligningsnemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter (OLN) har i sak 2003-006OLN behandlet temaet inngående. Til dette vedtaket finnes det også en del artikler. Dette er bl.a. Almvik og Kristiansen – ”Bedriftsbeskatning i praksis”<sup>24</sup> og Bragstad i Skatterett 2007/2.

Videre har også Banoun berørt temaet kort i ”Omgåelse av skatteregler – En studie av høyesterettspraksis”.<sup>25</sup> Videre foreligger det også noen andre artikler som behandler temaet, se bl.a. Bjørn Slåtta i Skatterett 2005/2 – ”Fisjon med påfølgende skattefritt salg av aksjer – spørsmål om skattemessig gjennomskjæring”.

I Lignings-ABC 2006 s. 1188 uttales følgende om virkningene av gjennomskjæring (tilsidesettelse):

*”Skattemessig tilsidesettelse (gjennomskjæring) innebærer at transaksjonen eller deler av den gis andre virkninger for skattyter enn det som normalt skulle følge av den. Den skatterettslige tilsidesettelsen (gjennomskjæringen) har i og for seg ingen privatrettslige virkninger mellom partene eller overfor tredjemann. Den skatterettslige tilsidesettelse (gjennomskjæring) har heller ingen virkning når det gjelder andre sider ved skattleggingen hos skattyteren enn de(n) transaksjon(er) eller*

---

<sup>22</sup> Rt. 2002 s. 456

<sup>23</sup> Rt. 1997 s. 1580

<sup>24</sup> Almvik og Kristiansen (2006)

<sup>25</sup> Banoun, op. cit

*deler av transaksjon som er satt til side. Hvor langt tilsidesettelsen rekker, må vurderes konkret.”*

Utover dette foreligger det ikke rettskildemateriale som direkte omhandler konsekvenser av gjennomskjæring. Løsningen må bero på en konkret vurdering av hvert enkelt typetilfelle. Jeg vil komme tilbake til rettskildende under drøftelsen av de forskjellige eksemplene i kap. 4, 5 og 6.



## 4 Salg og gjenkjøp av aksjer

### 4.1 Innledning

Når et kapitalobjekt har sunket i verdi – i dette tilfellet aksjer – vil eieren kunne ønske å få fradrag for tapet for å redusere sin skattepliktige inntekt, men samtidig ikke ønske å oppgi investeringen. Dette kan i utgangspunktet løses ved at skattesubjektet selger og kjøper tilbake aksjer i samme selskap innenfor en kort tidsperiode. Da oppnår selger tilsynelatende det han ønsker – tapsfradrag og fortsatt eierskap.

Salg og gjenkjøp av aksjer er det man kan kalle sirkulære transaksjoner. Dette betyr at A selger aksjer i selskap X, for så senere kjøpe de samme eller tilsvarende aksjer (i samme selskap) tilbake. Gjennomskjæring kan være aktuelt hvor transaksjonen hovedsakelig er skattemessig motivert – ønsket om å utnytte tapsfradraget – samt at transaksjonen anses å ha liten egenverdi og er en illojal utnyttelse av skattereglene.

Etter skattereformen i 2004 er denne problemstillingen mindre aktuell for skattesubjekt som er omfattet av fritaksmetoden, jf, skatteloven<sup>26</sup> § 2-38, 1. ledd. For personlige aksjonærer og for unntakene i § 2-38, 3. og 4. ledd er det imidlertid skatteplikt for gevinst og fradragsrett for tap ved realisasjon av aksjer, jf. § 10-31, 1. og 2. ledd.

Gevinsten beregnes ved å trekke aksjens inngangsverdi fra vederlaget som er mottatt for aksjen. Ubenyttet skjerming kan benyttes til å redusere skattepliktig gevinst, jf. § 10-31, 1. ledd, 2. pkt. Ubenyttet skjerming kan imidlertid ikke benyttes for å øke et fradragsberettiget tap.

---

<sup>26</sup> I den videre drøftelsen vil jeg bare benytte paragrafhenvisningen i de tilfeller hvor jeg viser til en bestemmelse i lov om skatt og formue av 26. mars 1999 nr. 14. Hvor jeg henviser til andre lovbestemmelser vil jeg vise til den aktuelle lov.

## 4.2 Rettspraksis

Høyesterett behandlet tre saker om ”skattesalg” på 1920-tallet – Kallevig,<sup>27</sup> Bryn<sup>28</sup> og Finne.<sup>29</sup>

Lagmannsretten har også behandlet et tilfelle om ”skattesalg” i Fokus Bank-dommen.<sup>30</sup> Faktum dreide seg om utenlandske aksjonærer som hadde solgt aksjer (parkert) til investorer hjemmehørende i Norge kort tid før utbytte ble besluttet udelt for så like etter å kjøpe aksjene tilbake i kraft av kjøpsopsjoner.

Spørsmålet som lagmannsretten skulle ta stilling til var om Fokus Bank kunne bli gjort ansvarlig for kildeskatt på utbyttet som knyttet seg til aksjene.

Lagmannsretten kom til at det ikke var hjemmel for å holde Fokus Bank ansvarlig for kildeskatten som knyttet seg til det utbetalte utbyttet.

Denne dommen vil imidlertid ikke bli behandlet i den videre fremstillingen, da den i hovedsak dreier seg om et spørsmål om kildeskatt.

Faktum i Kallevig-dommen<sup>31</sup> var todelt. For det første eide Kallevig aksjer i Det utenlandske Skovindustrielskap. Verdien på disse aksjene hadde med tiden sunket og Kallevig var i en tapsposisjon. Kallevig ervervet ytterligere 25 aksjer i selskapet, for deretter fire dager senere å selge sine gamle aksjer i selskapet. På denne måten oppnådde han tilsynelatende å få fradrag for tapet på de gamle aksjene, og samtidig beholde eierinteressen i selskapet. Det skal nevnes at oppgjør for de gamle og nye aksjene ble

---

<sup>27</sup> Rt. 1925 s. 472

<sup>28</sup> Rt. 1927 s. 386

<sup>29</sup> Rt. 1928 s. 495

<sup>30</sup> RG. 2005 s. 1542

<sup>31</sup> Rt. 1925 s. 472

foretatt under ett, ved at de nyervervede aksjene og de eldre aksjene ble ombyttet og meglerprovisjon ble betalt.

For det andre eide Kallevig aksjer i Klaveness bank. Disse aksjene solgte han til to medlemmer av Eger-familien gjennom adv. Eger – totalt 60 aksjer. Under en uke senere gjenervervet Kallevig tilsvarende antall aksjer fra de samme personene.

Totalt hadde Kallevig et tap på kr 47 220 ved de to transaksjonene.

Likningsmyndighetene godkjente ikke fradraget ved likningen. Høyesterett kom til samme konklusjon og stadfestet likningen av Kallevig.

Bryn-dommen<sup>32</sup> handlet om et tilfelle med salg og gjenkjøp av tyske mark (valuta). Bryn solgte den 1. oktober 1920 100 000 tyske mark. Den samme dagen gjenervervet Bryn tilsvarende antall mark for samme beløp som han hadde solgt tidligere på dagen. Ved ligningen krevde Bryn fradrag for tapet ved den første transaksjonen på kr 40 788.

Både ligningsmyndighetene og Byretten nektet fradraget. Høyesterett kom til samme konklusjon.

I Finne-dommen<sup>33</sup> var det spørsmål om salg av aksjer kunne betraktes som ”skattesalg”, idet Finne kort tid senere gjenervervet tilsvarende aksjer. Finne hevdet at disse to transaksjonene ikke hadde sammenheng med hverandre. Salget var begrunnet i at aksjekursen hadde sunket i verdi. På bakgrunn av ny positiv informasjon i markedet valgte Finne å gjenerverve aksjer i de samme selskapene. Videre hadde salget skjedd gjennom megler på børs og uten kjennskap til hvem som kjøpte aksjene.

---

<sup>32</sup> Rt. 1927 s. 386

<sup>33</sup> Rt. 1928 s. 495

I denne saken kom Høyesterett til at det ikke var grunnlag for gjennomskjæring, og Finne fikk medhold i sin påstand.

I de to førstnevnte sakene<sup>34</sup> kom således Høyesterett til at skattyter hadde foretatt et ”skattesalg”, og dermed at det ikke var skjedd en skattemessig realisasjon. Den umiddelbare konsekvensen var at tapet ikke kom til anvendelse.

Selv om dommene er gamle, viser de at problemstillingen er aktuell, og det er etter min oppfatning grunn til å tro at dette fortsatt er tilfellet. Høyesterett uttaler imidlertid ikke hvordan den sekundære konsekvensen – fastsettelsen av kostprisen – skal løses.

Problemstillingen i det følgende blir på bakgrunn av dette hvordan kostprisen for selger i den opprinnelige transaksjonen skal fastsettes.

I neste punkt vil jeg gjennomgå et eksempel som skal brukes for å belyse de sekundære konsekvenser av gjennomskjæring.

#### 4.3 Eksempel

Peder eier 100 aksjer i Oilstat AS med en inngangsverdi på kr 1 000. Verdien på disse aksjene er sunket til kr 500. Han vurderer å selge aksjene for å kunne realisere tapet, men samtidig ønsker han å beholde eierinteressen i selskapet.

Peder selger sine aksjer til sin venn Freddy. De har en felles forståelse om at Peder skal kunne kjøpe tilbake aksjene innen et tidsrom på en måned, til en pris pr. aksje på kr 510.

Ved salget til Freddy oppstår det et tap for Peder på kr 500 pr. aksje – totalt kr 50 000.

Ved ligningen har Peder ført tapet på kr 50 000 til fradrag i sin skattepliktige inntekten. Denne påstanden tas ikke til følge av ligningsmyndighetene, som anser at transaksjonen

---

<sup>34</sup> Rt. 1925 s. 427 og Rt. 1927 s. 386

hovedsakelig er skattemessig motivert, har liten egenverdi og er illojal mot skattelovgivningen. Peder godtar likningen og påklager ikke vedtaket.

#### 4.4 Analyse av de sekundære konsekvenser

Den primære konsekvensen av gjennomskjæring i et tilfelle som dette er at tapet ikke kommer til fradrag i den alminnelige inntekten til skattesubjektet – i mitt eksempel hos Peder.

Spørsmålet videre blir fastsettelsen av inngangsverdien på aksjene som Peder har kjøpt tilbake.

Etter min oppfatning forligger det tre alternative løsninger for fastsettelsen av kostprisen for Peder:

- A) Inngangsverdien settes til gjenkjøpsvederlaget – altså kr 510.
- B) Inngangsverdien blir lik den gamle – kr 1 000.
- C) Ny inngangsverdien settes til opprinnelig kostpris (kr 1 000) fratrukket salgsvederlaget (kr 500) med tillegg av kjøpsvederlaget (kr 510) – altså en inngangsverdi på kr 1 010.

##### 4.4.1 Vurdering av alternativ A

Som angitt ovenfor vil dette alternativet bety at den nye inngangsverdien til Peder blir kr 500, som tilsvarer gjenkjøpsvederlaget i transaksjonen mellom Peder og Freddy.

Utgangspunktet og hovedregelen for fastsettelsen av inngangsverdien på aksjer følger av § 10-32, 2. ledd, som lyder:

*”Dersom ikke annet er bestemt, settes aksjens inngangsverdi til det beløp skattyter har betalt for aksjen, tillagt eventuelle kostnader som skattyter har hatt til mekler eller lignende ved anskaffelsen av aksjen.”*

Ut fra en isolert tolkning av ordlyden kan det hevdes at denne løsningen støttes av ordlyden i paragrafen, jf. *"betalt for aksjen"*. På den annen side er det klart at dette ikke kan være et holdbart resonnement. Bakgrunnen for dette er at jeg mener at transaksjonene må ses i sammenheng p.g.a. gjennomskjæringen. Ved at man ikke anser at det har skjedd en skatterettslig realisasjon, så kan det følgelig heller ikke ha skjedd et skatterettslig erverv ved gjenkjøpet.

Når det da skatterettslig ikke er skjedd verken en realisasjon eller et erverv, mener jeg at det følger av dette at kostprisen ikke kan settes til gjenkjøpsvederlaget. At man på den ene siden skulle legge til grunn at det ikke er skjedd en realisasjon, mens det på den andre siden legges til grunn at det er skjedd et skattemessig erverv mener jeg er motstridende, og derfor følgelig ikke kan være den riktige løsningen.

Videre vil denne løsningen medføre at gjennomskjæringen blir en form for pønalt sanksjon på Peders (selgers) handlinger. Den opprinnelige kostprisen var som nevnt kr 1 000. Når Peder selger aksjene til Freddy for kr 500, vil differansen mellom den opprinnelige kostprisen og salgsvederlaget utgjøre et tap på kr 500. Når Peder betaler kr 510 for aksjene ved gjenkjøpet, vil han totalt ha betalt kr 1 010 for aksjene. Dette fremkommer ved trekke fra salgsvederlaget fra den opprinnelige kostprisen og så legge til gjenkjøpsvederlaget ( $kr\ 1\ 000 - kr\ 500 + kr\ 510$ ). Hvis man legger til grunn at den nye kostprisen er lik gjenkjøpsvederlaget på kr 510, vil han i realiteten tape kr 500 på at transaksjonen blir gjennomskåret. Det oppstår her med andre ord en skatteposisjon/kostnad for Peder som ikke vil komme til anvendelse. Gjennomskjæringen vil således innebære en form for økonomisk sanksjon på Peders "parkeringsforsøk". Denne type sanksjoner har ligningsmyndighetene andre hjemler til,<sup>35</sup> og det er klart at dette ikke er formålet til gjennomskjæringsnormen.

---

<sup>35</sup> Regler om tilleggs-skatt m.m.

Etter dette synes det klart at inngangsverdien ikke kan settes lik gjenkjøpsvederlaget – i dette tilfellet kr 510.

#### 4.4.2 Vurdering av alternativ B

Den neste alternative løsningen er at inngangsverdien settes lik den gamle – altså kr 1 000. Siden salget og gjenkjøpet gjennomskjæres, kan det argumenteres for at en må anse aksjene ervervet på det første tidspunktet, og således blir den nye kostprisen tilsvarende den opprinnelige.

Ut fra en tolkning av § 10-32, 2. ledd, kan det i utgangspunktet argumenteres for at denne løsningen er riktig når man ser bort fra transaksjonene mellom Peder og Freddy. Hvis man legger til grunn at det ikke er skjedd en realisasjon/erverv, vil inngangsverdien kunne være hva Peder opprinnelig betalte for aksjen.

Jeg mener imidlertid at meningsinnholdet i § 10-32 forutsetter ett nettoprinsipp ved fastsettelsen av kostprisen, med andre ord hva skattesubjektet totalt har betalt for aksjene. Dette vil i forhold til mitt eksempel være kr 1 010, som fremkommer når man tar opprinnelig kostpris (kr 1 000) og trekker fra salgsvederlaget (kr. 500) for så å legge til gjenkjøpsvederlaget (kr 510). Ved å benytte den opprinnelige kostprisen vil man ikke komme frem til hva Peder totalt har betalt (netto) i dette tilfellet. Ordlyden taler således mot at man benytter den opprinnelige inngangsverdien som kostpris for aksjene etter gjenkjøpet.

Som det fremgår av avsnittet ovenfor vil ikke en løsning hvor man benytter seg av den opprinnelige kostprisen være egnet for de tilfellene hvor utgangsverdien og gjenkjøpsvederlaget ikke er like. Som i eksemplet ovenfor vil Peder totalt ha betalt kr 1010 for aksjene. Differansen på kr 10 vil da ikke inngå i inngangsverdien. Det oppstår da et spørsmål om hva denne differansen skal behandles som. Er det et tap (eventuelt en gevinst hvis gjenkjøpsvederlaget hadde vært lavere enn kr 500) som kommer til fradrag, eller skal dette anses som en gave fra Peder til Freddy?

Ser man på situasjonen for Freddy, så mener jeg det er klart at han vil bli gevinstbeskattet for differansen på kr 10. At denne differansen ikke kan anses som en gave, mener jeg følger av at vederlaget er betinget av at Freddy er villig til å kjøpe aksjene av Peder, og således yter en motytelse for å kunne få tilbake kr 510. Dette mener jeg er et tungtveiende argument for å behandle differansen hos Peder på samme måte. Dette skaper symmetri i beskatningen mellom skattesubjektene.

Videre er jeg av den oppfatning at differansen mellom salgsvederlaget og gjenkjøpsvederlaget heller ikke kan anses som et tap/gevinst, når gjennomskjæringen foretas ut fra at det ikke er skjedd en skatterettslig realisasjon ved Peders salg til Freddy.

Av drøftelsen fremgår det at inngangsverdien etter min oppfatning ikke burde settes lik opprinnelig kostpris. For det første mener jeg at denne løsningen ikke støttes av ordlyden i § 10-32, 2. ledd, som bygger på et nettoprinsipp. Videre mener jeg at dette alternativet ikke vil være egnet til å sikre gode økonomiske løsninger i alle tilfeller. Dette fordi den ikke tar høyde for forskjeller mellom salgsvederlaget og gjenkjøpsvederlaget. I forlengelsen av dette kan det også hevdes at denne løsningen vil trekke gjennomskjæringen lengre enn grunnlaget den bygger på, og således være en pønal sanksjon på Peders ”parkeringsforsøk”. Avslutningsvis mener jeg også at denne løsningen ikke skaper symmetri (økonomisk) mellom beskatningen av Peder og Freddy, når Freddy vil bli beskattet for gevinsten ved tilbakesalget til Peder.

#### 4.4.3 Vurdering av alternativ C

Det tredje alternativet er som nevnt at man trekker fra salgsvederlaget i den opprinnelige kostprisen, for så å legge til gjenkjøpsvederlaget. I forhold til eksemplet overfor vil da inngangsverdien bli  $(kr\ 1\ 000 - kr\ 500 + kr\ 510) = kr\ 1010$ .

Som det fremgår av min drøftelse i punktet ovenfor mener jeg at § 10-32 bygger på et nettoprinsipp. Ved å legge denne løsningen til grunn vil inngangsverdien til Peder bli hva han totalt har betalt for aksjene, og således være i tråd med ordlyden i paragrafen.



Videre vil dette alternativet være egnet som en generell regel, da den sikrer at den faktiske kostprisen blir lagt til grunn.

Dette alternativet skaper også symmetri<sup>36</sup> i forhold til beskatningen av kjøper, Freddy i mitt eksempel, da han vil bli gevinstbeskattet for differansen på kr 10. Denne løsningen vil således sikre økonomisk fornuftig resultat, og videre være den løsningen som ikke trekker gjennomskjæringen lengre enn det grunnlag den bygger på.

#### 4.5 Sammenfatning

I denne type tilfeller av gjennomskjæringssaker – salg og gjenkjøp av aksjer – følger det etter min oppfatning av ordlyden i § 10-32, 2. ledd at kostprisen/inngangsverdien på aksjene må være opprinnelig kostpris fratrukket salgsvederlaget med tillegg av gjenkjøpsvederlaget. Jeg mener at dette må være den riktige løsningen ut fra at inngangsverdien skal tilsvare samlet netto kostpris for aksjene, § 10-32, 2. ledd.

---

<sup>36</sup> Det vil være en økonomisk symmetri mellom den skattemessige behandlingen av Peder og Freddy. Periodiseringsmessig vil det imidlertid ikke foreligge symmetri. Jeg mener imidlertid at dette ikke er tungtveiende i denne sammenheng.

## **5 Konserninternt salg av aksjer med tap**

### **5.1 Innledning**

Før innføringen av fritaksmetoden (26. mars 2004) var det anledning for selskapsaksjonærer å få fradrag for tap på aksjer i den alminnelige inntekten. Dette gjorde det lukrativt for selskaper med tap på aksjer å selge disse til et annet selskap innenfor samme konsern (konsernintern realisasjon). Da oppnådde selskapet tilsynelatende å få fradrag for tapet på aksjene, samtidig som de beholdt kontrollen over det aktuelle selskapet.

Etter at fritaksmetoden trådte i kraft, er ikke lengre denne problemstillingen like aktuell for selskap hjemmehørende i Norge eller innenfor EØS-området (selskap som omfattes av fritaksmetoden), da hovedregelen er at det ikke lengre er fradragsrett for aksjetap. For selskap med eierandeler i selskap som ikke omfattes av fritaksmetoden, er situasjonen imidlertid aktuelle også med dagens skatteregler. Videre er problemstillingen også aktuell for personlige aksjonærer som eier flere aksjeselskap.

Unntakene fra fritaksmetoden er gitt i § 2-38, 3. ledd. Disse omfatter for det første de såkalte NOKUS-selskapene. Beskatningen av disse er nærmere angitt i §§ 10-60 flg. I disse tilfellene vil norske aksjonærer bli beskattet fortløpende (direkte lignet) for sin andel av selskapets overskudd. Videre gjelder unntakene i § 2-38, 3. ledd porteføljeinvesteringer av forskjellige slag i selskap utenfor EØS-området. Porteføljeinvesteringer er angitt til investeringer hvor eierandelen er under 10 % av kapitalen eller stemmeretten i selskapet.

Når en konsernintern realisasjon blir satt til side p.g.a. gjennomskjæring, vil den umiddelbare konsekvens være at tapet ikke kommer til fradrag. Dette fordi salget i et slikt tilfelle ikke anses som en reell avståelse av eierinteressen. Spørsmålet blir da den fremtidige behandlingen av tapsfradraget. Med dette mener jeg hvordan den skattemessige behandlingen av tapsfradraget blir, eller mer presist – behandlingen av differansen mellom opprinnelig kostpris og salgsvederlaget, og videre hvilke vilkår som oppstilles for at eventuelt fradraget skal komme til anvendelse ved en senere anledning.

Høyesterett har behandlet flere tilfeller av gjennomskjæring av denne type saker, her kan nevnes bl.a. Telenor-dommen<sup>37</sup> og Hydro-dommen.<sup>38</sup> Uttalelser om de sekundære konsekvenser foreligger så vidt meg bekjent bare i Hydro-dommen. Overligningsnemnda ved Sentralskattekontoret for Storbedrifter (OLN) har også behandlet denne typen saker. Her finnes det også en del teori/artikler vedrørende vedtak fra OLN. Det skal bemerkes at alle disse sakene er behandlet etter de rettsregler som gjaldt før innføringen av fritaksmetoden i 2004.

## 5.2 Rettspraksis

I Hydro-dommen<sup>39</sup> behandlet Høyesterett et spørsmål om Norsk Hydro AS (Norsk Hydro) hadde krav på tapsfradrag etter skatteloven av 1911 § 44, 1. ledd, bokstav d, for salg av aksjer i Norsk Hydro Canada Inc. (Hydro Canada) til Norsk Hydro Danmark A/S (Hydro Danmark), som er et selskap hjemmehørende i Danmark.

Sakens faktum var følgende; Norsk Hydro eide alle aksjene i datterselskapet Hydro Canada. Byggingen av et nytt produksjonsanlegg og et kraftig fall i magnesiumprisen i 1990 resulterte i et betydelig underskudd for Hydro Canada i inntektsåret 1990. Det var videre forventet at selskapet (Hydro Canada) ville drive med underskudd i en lengre periode. Norsk Hydro bestemte seg for å selge aksjene i Hydro Canada til det heleide datterselskapet – Hydro Danmark. Denne transaksjonen gav Norsk Hydro et tapsfradrag på kr 1 069 545 870, og en skattebesparelse på ca. kr 420 000 000.

I tillegg til den norske skattebesparelsen, kunne underskuddet i Hydro Canada konsolideres med overskudd i Hydro Danmark, hvilket medførte en skattebesparelse i dansk skatt på ca. kr 344 000 000.

Høyesterett (3-2) kom til at den ulovfestede omgåelsesnorm ikke kom til anvendelse.

---

<sup>37</sup> Rt. 2006 s. 1332

<sup>38</sup> Rt. 2002 s. 456

<sup>39</sup> Rt. 2002 s. 456

Flertallet fant ikke grunn til å kommentere konsekvensen av gjennomskjæringen, da de kom til at det ikke var grunnlag for dette. Interessant i denne sammenheng er imidlertid mindretallets votum (som ble ført i pennen av konstituert dommer Frederik Zimmer) om konsekvensen av gjennomskjæring. På side 472 uttaler Zimmer følgende:

*”Hydro har anført at man bør være varsom med gjennomskjæring i internasjonale forhold fordi det ofte vil være umulig å korrigere de sidene av transaksjonene som faller utenfor norsk skattejurisdiksjon. Jeg tar ikke stilling til vekten av dette synspunkt i sin alminnelighet, men henviser til Riksskattenemnda i sitt vedtak har lagt til grunn at et beløp tilsvarende tapet på aksjene i Hydro Canada kan regnes med til inngangsverdien på Hydros aksjer i Hydro Danmark. Min konklusjon innebærer at også denne delen av Riksskattenemndas vedtak blir stående.”*

Slik jeg oppfatter uttalelsen til Høyesteretts mindretall, så er essensen at tapsfradraget ikke faller bort ved gjennomskjæringen, men kan videreføres. Videreføringen av tapet kan skje gjennom at Hydro Norge aktiverer tapet på inngangsverdien i selskapets aksjer i Hydro Danmark. Konstituert dommer Zimmers uttalelse vil bli drøftet under i punkt 5.5.

Som nevnt over handler også Telenor-dommen om konsernintern realisasjon av aksjer, men den uttaler seg ikke om de sekundære konsekvenser. Denne dommen vil derfor ikke bli behandlet i den videre drøftelsen.

### 5.3 Administrativ praksis

Som nevnt foreligger det veldig få rettskilder på dette området – altså om sekundære konsekvenser av gjennomskjæring. Et tilfelle hvor denne problemstillingen er behandlet inngående er av Overligningsnemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter i sak 2003-006.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Vedtaket er ikke publisert i sin helhet. Det foreligger et sammendrag på Lovdata, men store deler av vedtaket er sitert i Bragstads artikkel i Skatterett 2007/2. I det følgende vil henvisningene i teksten til vedtaket være hentet fra Bragstads artikkel.

Saksforholdet i sak 2003-006OLN var at selskap A ved ligningen for 2001 var nektet et tapsfradrag ved en konsernintern transaksjon. A hadde som ledd i en større omstrukturering av konsernet stiftet et datterselskap – B. Som tingsinnskudd ble bl.a. aksjer i datterselskapet C benyttet. Tingsinnskuddet i B med aksjene i C medførte et tap for A på ca. kr 2,3 mrd. I sak 2001-004OLN<sup>41</sup> kom OLN til at den ulovfestede omgåelsesnorm kom til anvendelse på tingsinnskuddet av aksjene i B, og tapsfradraget ble nektet. Som begrunnelse for gjennomskjæringen anførte OLN at A ikke reelt hadde oppgitt sin eierinteresse i C ved overføringen av aksjene til B.

I 2003 ble aksjene i C solgt tilbake fra B til A. Spørsmålet OLN skulle ta stilling til var om det tapsfradraget som ble nektet i 2001 kunne komme til fradrag i 2003. OLN kom til at fradraget heller ikke i 2003 kunne komme til fradrag, dette fordi eierinteressen etter overføringen av aksjene tilbake til A heller ikke innebar en oppgivelse av eierinteressen i C.

I den videre drøftelse vil vedtaket bli brukt for å belyse de sekundære konsekvenser som kan oppstå ved gjennomskjæring i saker om konserninternt salg av aksjer med tap.

#### 5.4 Eksempel

Invest AS er et norsk holdingselskap (konsern) med datterselskap over hele verden. Deres hovedvirksomhet er innfor it-sektoren.

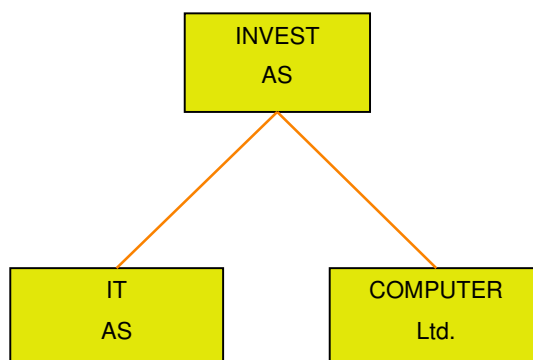
I 2004 ble datterselskapet Computer Ltd. opprettet i lavskattelandet Andorra, med et innskudd pr. aksje på kr 1 000. Totalt er det utstedt 1 000 aksjer. Dette selskapet skulle hovedsakelig drive med utvikling av programvare. Selskapet har gått med underskudd siden oppstarten i 2004. Verdien er pr. dags dato halvert til kr 500 pr. aksje.

---

<sup>41</sup> Utv. 2006 s. 153 flg. Denne saken omhandler gjennomskjæringen av den foretatte transaksjon. Resultatet ble som nevnt at A ikke fikk benyttet tapsfradraget som oppsto ved transaksjonen.

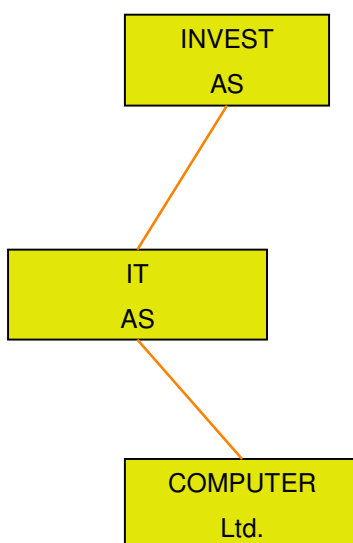
Et annet datterselskap er IT AS. Dette selskapets virksomhet er i hovedsak rettet mot salg og oppdatering av programvare i Norge. Inngangsverdien på aksjene i IT AS er kr 1 000 pr. aksje.

Selskapsstrukturen er som følger:



Invest AS ønsker å overføre aksjene i Computer Ltd. til IT AS for å oppnå et fradrag for tapet på aksjene i Computer Ltd. Tapet vil være kr 500 pr. aksje, og totalt på kr 500 000.

Etter aksjesalget blir selskapsstrukturen som følger:



La oss forutsette at ligningsmyndighetene ikke godtar tapsfradraget ved den ordinære ligningen. De kommer til at den ulovfestede omgåelsesnorm kommer til anvendelse. Begrunnelsen er at de anser transaksjonen som hovedsakelig skattemessig motivert, samt at transaksjonen har begrenset egenverdi og er en illojal utnyttelse av skattereglene. Skattyter godtar vedtaket til ligningsmyndighetene.

## 5.5 Analyse av sekundære konsekvenser

Målsetningen med dette kapitlet er å belyse de sekundære konsekvenser av gjennomskjæringen. Den primære konsekvens er som sagt tidligere, at det overdragende selskap ikke får fradrag for tapet på aksjene ved den opprinnelige transaksjon.

På grunnlag av uttalelsen fra mindretallet i Hydro-dommen<sup>42</sup> kan det tenkes at gjeldende rett før innføringen av fritaksmetoden var at tapet skulle videreføres ved oppskrivning av inngangsverdien på aksjene i det overtakende selskap, i dette tilfellet IT AS. Aksjene i IT AS må i så fall økes med til sammen kr 500 000 på Invests hånd. På den annen side er dette, slik jeg oppfatter vedtaket til OLN, ikke konklusjonen i sak 2003-006OLN.

Nedenfor vil jeg drøfte de konsekvenser som kan oppstå på grunnlag av gjennomskjæringen. Innledningsvis kan det være hensiktsmessig å skissere de ulike tenkbare konsekvensene av gjennomskjæringen. Når dette skal drøftes er det essensielle spørsmålet hvordan differansen mellom den opprinnelig kostprisen og salgsvederlaget skal behandles. Mulige løsninger er:

- A) Tapsfradraget bortfaller.
- B) Tapet aktiveres på IT AS` aksjer i Computer Ltd.
- C) Tapet aktiveres på Invest AS` aksjer i IT AS.
- D) Tapet behandles som en *”svevende skatteposisjon”* på Invest AS` hånd som kommer til fradrag når bestemte vilkår er oppfylt.

---

<sup>42</sup> Rt. 2002 s. 456

Ved å anvende eksemplet ovenfor, ser man som sagt at den primære konsekvensen for Invest AS er at de ikke får fradrag for tapet på kr 500 000 ved den konserninterne realisasjonen av aksjene i Computer Ltd. til IT AS. Dette betyr at de ved transaksjonen ikke får benyttet tapsfradraget og den potensielle skattebesparelsen på (kr 500 000 x 28 %) kr 140 000.

#### 5.5.1 Vurdering av alternativ A

Dette alternativet forutsetter at tapsfradraget bortfaller for skattemessige formål. Dette betyr at differansen mellom den kostprisen Invest AS hadde på aksjene i Computer Ltd. (kr 1 000) og salgsvederlaget (kr 500) Invest AS mottok fra IT AS ikke vil være en skatteposisjon som kan komme til anvendelse for Invest AS i fremtiden. Kostprisen til IT AS vil være uberørt av gjennomskjæringen – de vil altså fremdeles ha en kostpris på kr 500 pr. aksje. I relasjon til eksemplet, vil dette bety at differansen/tapet på kr 500 000 ikke vil være en skatteposisjon som kan komme til utnyttelse for noen av partene.

Hovedregelen for næringsvirksomhet er at ethvert tap er fradragsberettiget såfremt det er endelig konstatert. For de tilfellene gevinst er gjort skattepliktig, følger det av § 9-4, 1. ledd at tap er tilsvarende fradragsberettiget. Dette for å skape symmetri mellom reglene om gevinstbeskatning og tapsfradrag. Hvis løsningen skulle være at tapet falt bort ved gjennomskjæringen, ville dette bety at man satt det alminnelige prinsipp i skatteretten om fradrag for tap til side, da gevinsten i dette tilfellet ville vært skattepliktig, jf. § 2-38, 3. ledd.

Videre blir argumentasjonen for at tapet skal falle bort noe konstruert, da gjennomskjæringen bygger på at det ikke er skjedd en skatterettslig realisasjon, eller slik OLN<sup>43</sup> uttrykker det – ”*en reell avståelse av eierinteressen*”. Når det ikke har skjedd en skatterettslig realisasjon, er min oppfatning at Invest AS` skatteposisjon ikke kan falle bort for skattemessige formål.

---

<sup>43</sup> Sak 2006-006OLN



Denne oppfatning støttes også av Hydro-dommen<sup>44</sup> og OLN-vedtaket,<sup>45</sup> som begge legger til grunn at tapet ikke er falt bort ved gjennomskjæringen, men at det i utgangspunktet kan videreføres og komme til fradrag ved en senere anledning.

Avslutningsvis mener jeg at dette alternativet heller ikke vil sikre et økonomisk riktig resultat, og også innebære en pønalt sanksjon på selgers handlinger ved den konserninterne realisasjonen. Dette er etter min oppfatning å trekke gjennomskjæringen lengre enn grunnlaget for den tilsier.

Etter dette er mitt syn at tapet ikke er falt bort ved gjennomskjæringen.

### 5.5.2 Vurdering av alternativ B

Den sekundære konsekvensen av gjennomskjæringen vil ved en slik løsning være at Invest AS får en økt inngangsverdi på aksjene i IT AS. Her må den opprinnelige inngangsverdien til Invest AS på aksjene i IT AS økes med differansen mellom den opprinnelige kostprisen på aksjene i Computer Ltd. og det vederlaget Invest får for aksjene ved salget til IT AS. Dette innebærer at inngangsverdien økes med tilsvarende beløp som tapsfradraget, altså fra kr 1 000 til kr 1 500.

Etter innføringen av fritaksmetoden er det som kjent ikke lengre skatteplikt for aksjegevinster eller fradragsrett for tap. Siden Invest AS selger til IT AS vil den økte inngangsverdien ikke ha noen skattemessig betydning ved en senere realisasjon siden aksjene i IT AS er omfattet av fritaksmetoden. Denne løsningen er i så måte tilsvarende med den som er drøftet over, i realiteten vil tapsfradraget ikke komme til anvendelse. Med dette mener jeg at fradraget ikke lengre kan brukes til å redusere en fremtidig gevinst, da salget av aksjer i IT AS vil være skattefritt, jf. § 2-38, 2. ledd.

---

<sup>44</sup> Rt. 2002 s. 456

<sup>45</sup> Sak 2006-006OLN

Denne løsningen, som innebærer at tapet aktiveres på inngangsverdien til det overdragende selskaps aksjer i det overtakende, støttes imidlertid av mindretallets uttalelse i Hydro-dommen,<sup>46</sup> jf. over. Det skal nevnes at denne uttalelsen er inntatt av mindretallet i et obiter dictum, så vekten av uttalelsen er i utgangspunktet av mindre relativ vekt.

Når jeg likevel mener at det ikke vil være riktig å benytte denne løsningen, er dette begrunnet i endringen av regelverket etter dommen. Når tapet ikke vil komme til anvendelse for Invest AS etter innføringen av fritaksmetoden, støttes min oppfatning også av samme uttalelse i Hydro-dommen,<sup>47</sup> som forutsetter en videreføring av tapet hos det overdragende selskap. Dette mener jeg kan tolkes slik at Høyesterett mener at tapet ikke skal bortfalle, men videreføres hos det overdragende selskap. Når skattereglene er endret etter denne uttalelsen, er dette et argument for ikke å bruke uttalelsen direkte på formen, men heller bruke prinsippet om at tapet skal videreføres.

Reglene om tidfesting i § 14-2, 1. ledd gjelder tilsvarende for gevinst og tap ved realisasjon av aksjer, slik at inntekten/fradraget skal tas til inntekt når *”skattyteren får en ubetinget rett til ytelsen”*. Dette er som regel oppfylt når selger har stilt aksjene til disposisjon for kjøper. Denne hovedregelen blir satt til side ved gjennomskjæring, siden transaksjonen ikke anses som en realisasjon – *”reell avståelse av eierinteressen”*. Dette uavhengig om det isolert sett har oppstått en ubetinget rett til ytelsen. Skulle man overføre vilkårene for fradrag fra det opprinnelige objektet (Computer Ltd.) til eierposisjonen i IT AS, ville dette etter min oppfatning innebære at det oppstilles ytterligere vilkår for rett til fradrag. Dette begrunner jeg for det første i bedriftsmessige hensyn. Invests eierinteresse i IT AS kan være en langsiktig investering, f.eks. kan IT AS være det operative selskapet i konsernet, slik at Invest AS ikke på noe tidspunkt i overskuelig fremtid vil realisere denne eierposisjonen. Det oppstår her således en uheldig innlåsnings-effekt ved denne løsningen.

---

<sup>46</sup> Rt. 2002 s. 456

<sup>47</sup> Rt. 2002 s. 456

Videre kan situasjonen være at IT AS selger aksjene i Computer Ltd., noe som vil være en reell avståelse av eierinteressen for både Invest AS og IT AS. Ved et slikt salg vil imidlertid ikke Invest AS få fradrag for tapet, da dette er aktivert på inngangsverdien i IT AS.

Hvis man forutsetter at Invest AS ikke er morselskapet, men heller et søsterselskap på lik linje som IT AS innenfor samme konsern, vil ikke en aktivering av tapet på inngangsverdien på aksjene i det overtakende kunne brukes. I en slik eierstruktur må i så fall tapet overføres til mor (altså et ledd opp i eierstrukturen). Man ser her at denne løsningen medfører at man overfører skatteposisjonen fra Invest AS til morselskapet, og dette vil i så fall bryte med det grunnleggende prinsipp om at det er det skattesubjekt som har pådratt seg kostnaden/oppofret fordelene som skal tilordnes fradraget. Det vises her til Zimmer<sup>48</sup> som uttaler:

*”Det subjekt som etter det underliggende forhold (privatrettslig, trygderettslig osv.) er den berettigede, skal tilordnes inntekten. Et tilsvarende prinsipp gjelder på fradragssiden.”*

Videre kan man forutsette at Invest AS ikke har direkte eierinteresser i det overtakende datterselskapet. Hvis f.eks. det overtakende selskapet er et datterdatterselskap av Invest AS, vil løsningen forutsette økt inngangsverdi på et selskap som ikke er part i transaksjonen. Dette vil etter min oppfatning føre til en oppkonstruert løsning på problemet som ikke egner seg for generalisering.

Disse momentene taler etter min oppfatning for at løsningen med å videreføre tapet gjennom aktivering i inngangsverdien på aksjene i IT AS ikke er den løsningen som sikrer det mest riktige økonomiske resultatet etter dagens skatteregler.

---

<sup>48</sup> Zimmer, op. cit. s. 105

Spørsmålet videre blir derfor om et av de to andre alternativene åpner for en mer hensiktsmessig løsning av problemstillingen.

### 5.5.3 Vurdering av alternativ C

Denne løsningen forutsetter at tapet overføres fra morselskapet – Invest AS – til datterselskapet – IT AS – gjennom aktivering av tapet på IT AS inngangsverdi i Computer Ltd. Dette alternativet betyr således at det beløp Invest AS ikke får fradrag for p.g.a. gjennomskjæringen, kan legges til på kostprisen IT AS har på Computer Ltd. Kostprisen til IT AS på aksjene i Computer Ltd. vil i så fall bli (kr 500 + kr 500) kr 1 000.

Det første argumentet mot dette alternativet er, som nevnt av OLN i sak 2003-006, at et annet skattesubjekt enn det som oppofret fordelene blir tilordnet tapsfradraget gjennom oppskrivning av inngangsverdien på aksjene i det selskap aksjene knytter seg til.

Denne løsningen vil i så fall bryte med det nevnte prinsipp i skatteretten som forutsetter at det er det skattesubjekt som har pådratt seg kostnaden som skal tilordnes fradraget.

OLN<sup>49</sup> fremhever videre at løsningen for videreføring av tapet burde skje på den måten som i størst mulig grad samsvarer med det som ville blitt resultatet dersom gjennomskjæring av den opprinnelige transaksjonen ikke hadde skjedd. Løsningen vil etter dette synspunkt være at Invest AS blir tilordnet tapsfradraget. Begrunnelsen for dette er bl.a. at gjennomskjæringen ikke burde trekkes lengre enn grunnlaget for den tilsier.

I lys av argumentet om at gjennomskjæringen ikke burde trekkes lengre enn grunnlaget tilsier, kommer også det at en overføring av tapsfradraget fra Invest AS til IT AS vil kunne få innvirkning på andre skatteregler. Her nevnes bl.a. muligheter for korreksjonsinntekt for det overtakende selskap – i mitt tilfelle IT AS.

---

<sup>49</sup> Sak 2006-006OLN

I OLN-vedtaket<sup>50</sup> fremheves det videre at denne løsningen vil være i strid med armlengdeprinsippet i § 13-1.

Armlengdeprinsippet betyr at dersom det mellom to nærstående foretak blir avtalt eller fastsatt vilkår vedrørende deres kommersielle eller finansielle samkvem som avviker fra de vilkår som ville vært avtalt mellom uavhengige foretak, kan enhver inntekt, som uten disse vilkår ville ha tilfalt ett av foretakene, men som i kraft av disse vilkår ikke har tilfalt dette, medregnes i og skattlegges sammen med dette foretakets inntekt.<sup>51</sup>

Prisen mellom uavhengige foretak i dette tilfelle vil være markedsprisen, som også transaksjonen i utgangspunktet benyttet seg av. Skulle IT AS ved en overføring av tapet fra Invest AS kunne benyttet tapet til aktivering på inngangsverdien, ville dette stride mot § 13-1 og paragrafens armlengdeprinsipp.

Videre forutsetter denne løsningen at selskapet som blir tilordnet tapsfradraget er hjemmehørende i Norge. Det kan ikke påregnes at en oppregulering av inngangsverdien kan benyttes i andre skattejurisdiksjoner.

Avslutningsvis er jeg av den oppfatning at alternativ D (se nedenfor) er en bedre løsning på problemstillingen, og således mener jeg at dette også taler mot alternativet i dette punktet.

Som det fremgår av drøftelsen vil en overføring av tapet til IT AS stride mot grunnleggende prinsipp i skatteretten. For det første er dette prinsippet om at det er det skattesubjekt som har pådratt seg kostnaden som skal tilordnes fradraget. Videre strider det også mot prinsippet om diskontinuitet ved transaksjoner mellom skattesubjekter. Atter videre vil gjennomskjæringen kunne få ytterligere konsekvenser,<sup>52</sup> noe som vil være et

---

<sup>50</sup> Sak 2006-006OLN

<sup>51</sup> Ot.prp. nr. 62 (2006-2007) punkt 5.2.1

<sup>52</sup> Bl.a. korreksjonsinntekt og interessefelleskap etter § 13-1

brudd med det synspunkt om at gjennomskjæringen ikke skal trekkes lengre enn grunnlaget for den tilsier. Også hensynet til en enkel praktiserbar løsning taler mot dette alternativet.

#### 5.5.4 Vurdering av alternativ D

Det siste alternativet som OLN<sup>53</sup> diskuterer er om tapsfradraget skal anses som en ”svevende skatteposisjon”,<sup>54</sup> som kommer til fradrag for Invest AS på et senere tidspunkt etter nærmere fastsatte vilkår. Dette innebærer at tapet på kr 500 000 kommer til fradrag for Invest når de nærmere vilkår for tapsfradraget er oppfylt. OLN knytter vilkåret for fradragsrett opp mot ”en reell avståelse av eierinteressen”.

I relasjon til mitt eksempel vil dette enten kunne skje ved at Invest AS selger aksjene i IT AS, eller at IT AS selger aksjene i Computer Ltd. I et tilfelle hvor Invest AS er datterselskap (slik som i eksemplet ovenfor med selskap X som morselskap) kan den reelle eierinteressen også avstås ved salg av Invest AS eller IT AS ut av konsernet.

Ut fra Bragstads artikkel i Skatterett 2007/02 er hun av den oppfatning at det var denne løsning som OLN tilsynelatende la til grunn i sak 2003-006OLN.

En løsning som denne – at Invest AS blir tilordnet tapsfradraget når de oppsatte vilkår er oppfylt – vil innebære at det er det skattesubjekt som har oppofret fordelen som blir tilordnet fradraget.

Denne løsningen vil heller ikke ha videre konsekvenser for andre skattesubjekt eller i forhold til andre skatteregler.

Hvis man legger til grunn at løsningen er at tapet anses som en ”svevende skatteposisjon”, oppstår det imidlertid et spørsmål om hvilke vilkår som skal oppstilles for at fradraget skal komme til anvendelse.

---

<sup>53</sup> Sak 2006-006OLN

<sup>54</sup> Bragstad (2007)

OLN<sup>55</sup> oppstiller som vilkår for at tapsfradraget skal komme til anvendelse at den *”reelle eierinteressen opphører”*.

Et problem ved å oppstille dette som vilkår kan være å *”avgjøre om det foreligger en reell avståelse av eierinteressen ved delvis realisasjon av aksjene, og i så fall om tapet skal komme til fradrag i sin helhet eller begrenses forholdsmessig”*.<sup>56</sup>

Et salg av hele aksjeposten i Computer Ltd. ut av konsernet oppfyller utvilsomt vilkåret om en reell avståelse av eierinteressen. Dette vil derfor i det følgende ikke bli drøftet som en problemstilling.

De tilfellene som kan være mer tvilsomme er for det første konserninterne salg og for det andre en delvis realisasjon av aksjene i IT AS eller Computer Ltd.

I det følgende vil jeg drøfte disse to problemstillingene.

#### 5.5.4.1 Konserninternt salg

Hovedregelen i skatteretten for rett til tapsfradrag ved realisasjon av aksjer følger av § 10-31, 2. ledd:

*”Tap ved realisasjon av aksje kan føres til fradrag i skatteyers inntekt, jf. § 6-2 og kapittel 9.”*

Vilkåret for fradragsrett er knyttet opp til realisasjon av aksjen. Når realisasjon oppstilles som innvinningskriterium, forutsetter dette at eierposisjonen i formuesobjektet opphører. Med dette mener jeg den direkte eierposisjonen. I utgangspunktet er konserninternt salg også ansett som realisasjon i forhold til § 10-31, 2. ledd og kap. 9.

---

<sup>55</sup> Sak 2006-006OLN

<sup>56</sup> Bragstad, op. cit.

Hovedregelen forutsetter således at tapet kommer til anvendelse når det har skjedd en realisasjon.

OLN uttaler innledningsvis i vedtaket<sup>57</sup> at tapet burde komme til fradrag når det opprinnelige grunnlaget for gjennomskjæringen ikke lengre er tilstede, altså på det tidspunkt eierinteressen opphører. I utgangspunktet mener jeg at dette er å oppstille et for strengt vilkår. Som det fremkommer av både ordlyden i § 10-32, 1. ledd og av uttalelsene i Hydro-<sup>58</sup> og Telenor-dommen,<sup>59</sup> er det anledning til å realisere aksjer med tap konserninternt, og således er det i utgangspunktet ikke et krav om at den reelle eierinteressen opphører. Så lenge transaksjonen ikke hovedsakelig har vært skattemessig motivert, har tilstrekkelig egenverdi og ikke er illojal mot skattereglene, så skal transaksjonen utløse de normale følger av realisasjon med tap.

Spørsmålet som kan reises er om det bare kan kreves at det skjer en realisasjon som ikke kan gjennomskjæres for at tapsfradraget kan komme til anvendelse.

Jeg mener at det foreligger gode argumenter for denne løsningen. For det første er utgangspunktet at tap kommer til fradrag ved konsernintern realisasjon. Dette utgangspunktet kan som kjent fravikes hvis vilkårene for gjennomskjæring foreligger. Når allikevel tapet består for skattemessige formål, mener jeg det vil være galt å oppstille strengere vilkår for tapsfradraget enn det som oppstilles ved vanlige transaksjoner – altså p.g.a. at den første transaksjonen ble gjennomskjært, så skal det oppstilles strengere vilkår for neste transaksjon.

Videre mener jeg at et vilkår om at den reelle eierinteressen må opphøre før tapsfradraget skal komme til anvendelse innebærer en pønalt sanksjon på Invest AS' handlinger. Dette

---

<sup>57</sup> Sak 2003-006OLN

<sup>58</sup> Rt. 2002 s. 456

<sup>59</sup> Rt. 2006 s. 1232



mener jeg følger av at det oppstilles strengere vilkår enn det som følger av hovedregelen i skatteretten for at tapsfradraget skal komme til anvendelse.

Konklusjonen blir etter dette at fradraget kommer til anvendelse når det skjer en transaksjon som ikke kan gjennomskjæres.

#### 5.5.4.2 Delvis realisasjon

Denne problemstillingen kan oppstå på to nivåer. For det første er det et spørsmål om en delvis realisasjon av aksjeposten Invest AS har i IT AS. For det andre knytter den seg til en delvis realisasjon av IT AS aksjepost i Computer Ltd.

I relasjon til sitatet ovenfor om delvis realisasjon, kan det oppstilles et spørsmål om OLN<sup>60</sup> har ment at det kreves total avståelse av eierinteressen før fradraget kan komme til anvendelse. Det fremgår ikke klart av artikkelen til Bragstad<sup>61</sup> om dette er problematisert av OLN eller om dette er egne vurderingen av forfatteren. Dette har imidlertid ingen prinsipiell betydning for spørsmålet.

Spørsmålet er for det første hva som menes med en reell avståelse av eierinteressen. Er det slik at dette oppfylles ved et delvis salg, eller oppstilles det et vilkår om at Invest AS eller IT AS må selge hele aksjeposten i henholdsvis IT AS eller i Computer Ltd.?

Ut fra en språklig tolkning av *"reell avståelse av eierinteressen"* er det ikke mulig å konkludere m.h.t. til meningsinnholdet av uttalelsen. Eneste som er klart er at fradragsretten er betinget av en reell avståelse. Dette løser imidlertid ikke spørsmålet om det oppstilles et kvantitativt krav m.h.t. reduksjon av eierandelen før dette er oppfylt.

Jeg er av den oppfatning at å oppstille et kvantitativt krav om reduksjon av eierposisjonen for at den reelle eierinteressen skal opphøre innebærer et lite presist og skjønnsbasert

---

<sup>60</sup> Sak 2006-006OLN

<sup>61</sup> Bragstad, op. cit.

vilkår. Hva ligger i så fall i vilkåret om en oppgivelse av den reelle eierinteressen? Er dette et totalt opphør, nedsalg til under 9/10 slik at det ikke lengre foreligger et skattekonsern, nedsalg til under 2/3 slik at man ikke har bestemmende innflytelse på saker som krever kvalifisert flertall, nedsalg til under 1/2 slik at man ikke lengre er i flertallsposisjon eller under 1/3 slik at man ikke lengre har negativ bestemmelsesrett i forhold til de saker som krever kvalifisert flertall.

På bakgrunn av dette mener jeg at vilkåret om en "*reell avståelse av eierinteressen*" ikke kan tolkes slik at det oppstilles et kvantitativt krav om reduksjon av eierandel før den "*svevende skatteposisjonen*" kommer til fradrag for Invest AS.

Den neste problemstillingen blir hvorvidt et salg av en mindre andel i IT AS eller i Computer Ltd. vil utløse fradrag m.h.t. til den "*svevende skatteposisjonen*". Vil et delvis salg være en avståelse av den reelle eierinteressen?

Utgangspunktet er som nevnt ovenfor at tap på aksjer kommer til fradrag når aksjen realiseres. En delvis realisasjon oppfyller således vilkårene for tapsfradrag i § 10-31, 2. ledd.

Ved et delvis salg aksjene i Computer Ltd. – altså at IT AS selger aksjene i dette selskapet – så er jeg av den oppfatning at dette oppfyller vilkårene for at en tilsvarende del av tapet skal komme til fradrag for Invest AS. Eierinteressen og eierandelen, som er det mest nærliggende å bruke som utgangspunkt for vurderingen, reduseres og avstås ved en delvis realisasjon av aksjene i Computer Ltd.

Den neste problemstillingen blir i forhold til en delvis realisasjon av aksjene i IT AS – altså at Invest AS realiserer en mindre andel av aksjene i IT AS.

Utgangspunktet er som nevnt ovenfor at delvis realisasjon oppfyller vilkårene for tapsfradrag for aksjer etter § 10-32, 2. ledd.

Problemstillingen blir kanskje litt mer komplisert når den ”svevende skatteposisjonen” i utgangspunktet knytter seg til eierinteressen i Computer Ltd., som direkte eies av IT AS og ikke Invest AS. Ved et delvis salg av aksjene i IT AS, vil i utgangspunktet eierposisjonen til IT AS i Computer Ltd. ikke bli berørt. Jeg mener imidlertid at en delvis realisasjon av aksjene i IT AS burde utløse tapsfradraget mht. den ”svevende skatteposisjonen”.

Dette begrunner jeg for det første med at den indirekte eierposisjonen i Computer Ltd. blir redusert ved et delvis salg av aksjene i IT AS, som også vil bety at eierinteressen reduseres tilsvarende. For det andre vil det kunne oppstå en uheldig innlåsnings effekt hvis Invest AS ikke skal kunne utnytte tapsfradraget ved et delvis salg av aksjene i IT AS. Videre er jeg av den oppfatning at ikke å tillate tapsfradrag ved en delvis realisasjon av aksjene i IT AS vil være å trekke gjennomskjæringen lengre enn grunnlaget for den tilsier.

Etter mitt syn må tapsfradraget komme til anvendelse for Invest AS så langt og når det skjer en delvis realisasjon av aksjene i IT AS eller Computer Ltd.

## 5.6 Sammenfatning

Selv om problemstillingen ikke på generelt grunnlag er like aktuell som før innføringen av fritaksmetoden, er den likevel en høyst relevant problemstilling i beskatningen av norske selskap med eierandeler i selskap hjemmehørende i lavskatteland. Med dagens globalisering og internasjonalisering av næringslivet, vil det kunne oppstå tilsvarende tilfeller ved ligningen av internasjonale konsern som i dommene vedrørende Hydro<sup>62</sup> og Telenor.<sup>63</sup> Problemstillingen kan for øvrig også oppstå ved salg fra personlig aksjonær til eget aksjeselskap.

Som det fremgår av drøftelsen ovenfor, mener jeg at konsekvensen av gjennomskjæring i disse tilfellene burde være at tapet videreføres som en ”svevende skatteposisjon” hos det selskapet som har oppofret fordelene – altså Invest i mitt eksempel. Denne konsekvensen er

---

<sup>62</sup> Rt. 2002 s. 456

<sup>63</sup> Rt. 2006 s. 1232

den løsning som egner seg best for generalisering, og som også er i tråd med det generelle prinsipp i skatteretten om at fradraget skal tilordnes det skattesubjekt som har pådratt seg kostnaden/oppofret fordelene.

Jeg mener at de andre alternativene ikke er hensiktsmessige bl.a. fordi tapet ikke vil komme til anvendelse hvis man legger til grunn at tapet skal aktiveres på inngangsverdien hos det overdragende i det overtakende – dette p.g.a. fritaksmetoden. Den andre løsningen, som innebærer en overføring av tapet gjennom aktivisering av tapet hos det overtakende selskap, vil i tillegg til å bryte med et grunnleggende prinsipp<sup>64</sup> i skatteretten også medføre ytterligere potensiell konsekvenser<sup>65</sup> av gjennomskjæringen. Dette er i seg selv en uheldig løsning, da gjennomskjæringen burde ha minst mulig virkninger utover den transaksjon/disposisjon som gjennomskjæres.

Når det gjelder vilkårene for fradragrett mener jeg at løsningen må være det som følger av hovedreglen i skatteretten når det gjelder konserninterne salg og i forhold til salg av mindre andeler, som er realisasjon. Dette begrunner jeg for det første med at denne løsningen følger av hovedregelen om vilkår for tapsfradrag. For det andre mener jeg at det ikke forligger rettsgrunnlag for å fastsette strengere vilkår for tapsfradrag i en situasjon som dette. Dette vil i så fall være å oppstille strengere vilkår og er i så måte en pønal sanksjon. Avslutningsvis mener jeg at også reelle hensyn taler for denne løsningen, i og med at det i utgangspunktet er adgang for tapsfradrag ved konsernintern realisasjon.

---

<sup>64</sup> Tilordning av fradrag.

<sup>65</sup> Korreksjonsinntekt, inntektstillegg etter § 13-1.

## 6 Salg av aksjer kontra innmatssalg

### 6.1 Innledning

Denne type saker har aktualisert seg som en direkte konsekvens av innføringen av fritaksmetoden i 2004. Fritaksmetoden gjør det som kjent skattefritt for selskapsaksjonærer under visse forutsetninger<sup>66</sup> å selge andeler i selskaper de har eierandeler i, jf. § 2-38, 1. og 2. ledd. Dette åpner for en skattemessige gunstig situasjon når selskapet velger å selge aksjer i motsetning til innmat. Flere eiendomsselskaper som tidligere hadde realisert eiendommer gjennom innmatssalg, valgte etter innføringen av fritaksmetoden å omorganisere selskapet ved typisk å utfisjonere en eiendom i et eget datterselskap, for deretter å selge aksjene i dette datterselskapet. På denne måten ble realisasjonen i utgangspunktet gjort skattefri.

Denne tilpasningen var departementet klar over ved innføringen av fritaksmetoden. Det vises her til uttalelsen i Ot.prp.nr. 1 (2004-2005) s. 75, punkt 6.5.6.1:

*”Etter fritaksmetoden skal salg av aksjer mv. som hovedregel ikke utløse gevinst- eller tapsoppgjør, mens salg av andre eiendeler fortsatt vil være skatteutløsende etter de alminnelige regler. Skattyterne kan dermed ha mulighet til å tilpasse overdragelsesformen, slik at innmatsoverdragelse velges når de skattemessige verdiene av formuesobjektene er høyere enn salgssummen (medfører fradragberettiget tap), mens aksjehandel anvendes dersom salgssummen overstiger de skattemessige verdiene av formuesobjektene (gir skattefri gevinst).*

*I noen tilfelle vil det kunne hevdes at valget av transaksjonsform må anses som hovedsakelig skattemessig motivert og illojalt mot formålet med skattereglene. Det kan da være grunnlag for skattemessig gjennomskjæring.*

---

<sup>66</sup> Unntakene er angitt i § 2-38, 3. ledd. Unntaket omfatter hovedsakelig eierandeler i selskaper i lavskatteland utenfor EØS.

*Aktørene har imidlertid ingen plikt til å innrette seg slik at de må betale mer skatt enn nødvendig. I utgangspunktet er det legitimt å etablere en selskapsstruktur hvor morselskapet er et holdingselskap og betydelige eiendeler legges i datterselskaper. Ved valget mellom salg av aksjer og salg av eiendeler vil som regel flere hensyn enn de skattemessige kunne spille inn. I mange tilfeller er det heller ikke åpenbart hvilken form som er "mest riktig" for den aktuelle transaksjonen. I praksis vil det derfor ofte være vanskelig for likningsmyndighetene å nå fram med gjennomskjæringssynspunkter i denne type saker."*

Også ved innføringen av reglene om skattefri fusjon og fisjon var departementet klar over at dette åpnet for tilpasninger. Det vises her til departementets uttalelse om bruken av den ulovfestede gjennomskjæringsregel i Ot.prp.nr. 71 (1995-96) s. 22 punkt 2.3.5.1:

*"For fusjon og fisjon vil den ulovfestede regel innebære at skattefritak og rett til videreføring av skatteposisjoner ikke gjelder dersom formålet med fusjonen eller fisjonen bare er å spare skatt, eller dette skatteformålet er helt dominerende i forhold til andre, forretningsmessige formål. Gjennomskjæringsregelen vil imidlertid vanskelig kunne anvendes i tilfeller hvor omorganiseringen har en viss egenverdi, selv om skattemotivet er enda større."*

På bakgrunn av dette fremgår det at departementet var klar over tilpasningsmulighetene ved innføringen av fritaksmetoden og reglene om skattefri fusjon/fisjon, og at dette innebar en ganske skattemessig gunstig tilpasningsmulighet.

Det foreligger imidlertid ikke mye domstolspraksis om denne type tilpasninger til regelverket. Dette p.g.a. at fritaksmetoden er såpass ny. På den annen side foreligger det flere uttalelser fra Skattedirektoratet/departementet i form av BFUer.

## 6.2 Administrativ praksis

Problemstillingen er som nevnt utfisjoning av eiendel/innmat i eget datterselskap med påfølgende aksjesalg. Dette i motsetning til salg av innmat. Denne problemstillingen var oppe i BFU 05/05.<sup>67</sup> Saken som Skattedirektoratet skulle ta stilling til gjaldt utfisjoning av en bygård i et nystiftet selskap, med påfølgende skattefri realisasjon av aksjene i selskapet.

Det nærmere faktum i saken var følgende; Holding AS eide 100 % av aksjene i datterselskapet – Datter AS. Datter AS var et eiendomsselskap med en rekke bygårder. Datter AS eide bl.a. en bygård (Bygården) med 50 utleieleiligheter.

En aktuell kjøper (Kjøper AS) ønsket å kjøpe Bygården. Før fisjonen var det innledet kontraktsforhandlinger om salg av Bygården med Kjøper AS. Ved et eventuelt innmatssalg ville skattepliktig gevinst ved realisasjonen vært kr 15 mill.

Etter innføringen av fritaksmetoden ønsket imidlertid Holding AS å utfisjonere bygården i et eget datterselskap, med påfølgende salg av aksjene. Hjemmelen til Bygården skulle imidlertid ikke utfisjoneres før ved en senere anledning.

Skattedirektoratet kom til at den planlagte fisjonen med påfølgende aksjesalg ble rammet av ulovfestet gjennomskjæring. I begrunnelsen la de bl.a. vekt på at fisjonen og aksjesalget måtte vurderes samlet (transaksjonsrekke). Disposisjonene ble ansett å ha liten forretningsmessig egenverdi og hovedsakelig skattemessig motivert. Videre anså Skattedirektoratet det som en illojal utnyttelse av fritaksmetoden og fisjonsbestemmelsene å utfisjonere bygården til det nystiftede datterselskapet med påfølgende aksjesalg.

---

<sup>67</sup> BFU 05/05, 1. mars 2005 - Spørsmål om den skattemessige behandling ved utfisjoning og etterfølgende salg av aksjene.

Konklusjonen ble således at ulovfestet gjennomskjæring kom til anvendelse ved utfisjoneringsen av Bygården til Bygården AS med etterfølgende salg av aksjene i det utfisjонerte selskapet.

Nedenfor vil jeg gjennomgå et eksempel som vil bli brukt i den videre drøftelsen i kapitlet.

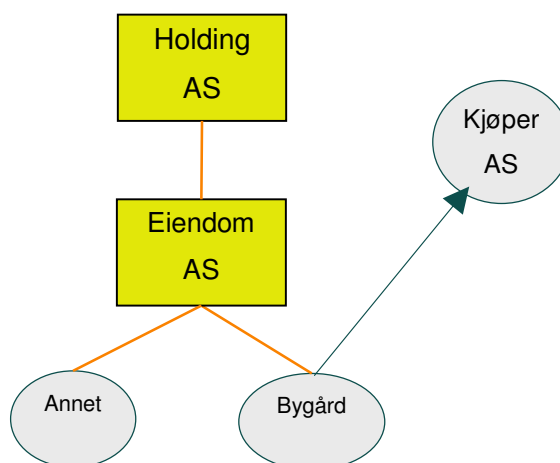
### 6.3 Eksempel

Holding Eiendom AS (Holding AS) eier 100 % av aksjene i datterselskapet Eiendom Bygården AS (Eiendom AS). Eiendom AS er et eiendomsselskap med 10 bygårder med til sammen 100 utleieenheter.

Holding har vært i kontraktsforhandlinger med Kjøper AS (Kjøper AS) vedrørende kjøp av en av bygårdene i Eiendom AS.

Holding AS og Kjøper AS er enige om at det er to alternative måter transaksjonen kan gjennomføres på. Den ene er et salg av den aktuelle bygården i Eiendom AS til Kjøper AS. Dette vil bety at Eiendom AS blir gevinstbeskattet ved salget, da det foreligger en potensiell gevinst for Eiendom AS.

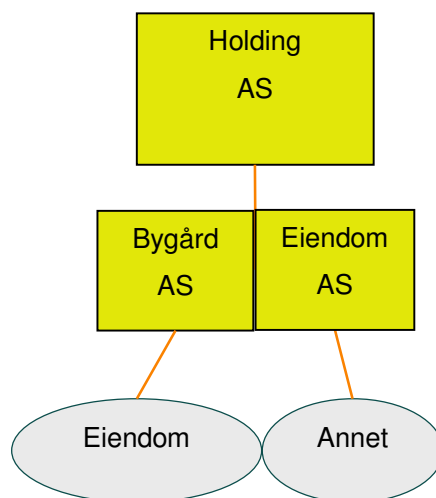
Selskapsstrukturen er som følger:



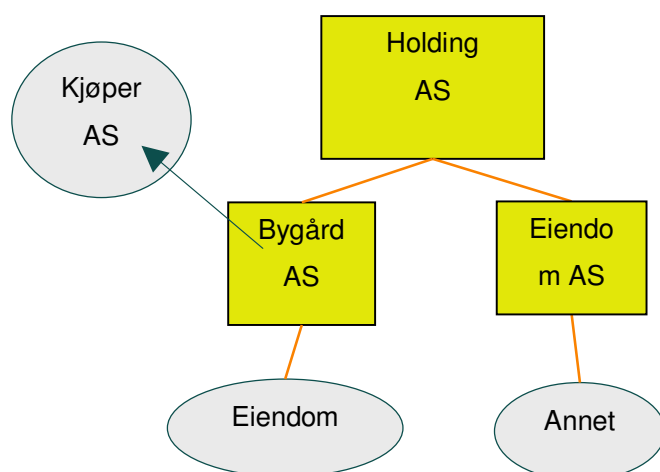


Det andre alternativet er at Eiendom AS utfisjonerer bygården i et eget aksjeselskap – Bygården AS, med den aktuelle bygården som tingsinnskudd. Deretter kan Holding AS selge aksjene i det nye datterselskapet – Bygården AS – til Kjøper.

Den følgende figuren viser selskapsstrukturen for fisjonen:



Den følgende figuren viser selskapsstrukturen etter fisjonen:



La oss anta at bygården ble kjøpt av Eiendom AS i 2004 for kr 6 000 000. Kjøpesummen ble finansiert med et lån på kr 4 000 000 og egenkapital på kr 2 000 000. Ved utgangen av 2007 utgjorde både regnskapsmessig og skattemessig bokført verdi kr 5 000 000. Lånet hadde ikke blitt nedbetalt siden låneopptaket. Lånet utgjorde således kr 4 000 000 ved utgangen av 2007. En nylig avholdt takst hadde satt en omsetningsverdi på eiendommen til kr 11 000 000.

Ved utfisjoneringen av det nye datterselskapet – Bygården AS – ville aksjekapitalen vært kr 1 000 000. Denne ville blitt finansiert med et tingsinnskudd av eiendommen, samt overføring av gjeld.

Hvis salget gjennomføres som et innmatssalg er partene enige om at kjøpesummen er kr 11 000 000. Ved et salg av aksjene i Bygården AS, vil salgssummen være kr 7 000 000.<sup>68</sup>

Skattepliktig gevinst ved innmatssalg vil være kr 6 000 000, mens gevinsten ville vært skattefri ved et salg av aksjene i Bygården AS. Som man ser av eksemplet, vil salg av aksjene være fordelaktig for selger.

#### 6.4 Analyse av de sekundære konsekvenser

I dette kapitlet skal jeg undersøke og analysere konsekvensene av gjennomskjæring i saker hvor et skattefritt aksjesalg blir behandlet som et innmatssalg, og dermed skattepliktig i den grad det foreligger gevinst for selger.

Overskriften til kapitlet er ”*Analyse av de sekundære konsekvenser*”. Dette er noe upresist i forhold til konsekvensen på selgersiden. Den primære konsekvensen vil for selger være at aksjesalget blir behandlet som et innmatssalg. Den aktuelle problemstillingen som oppstår i forbindelse med gevinstbeskatningen av selger er å fastsette hvem som er selger, og videre hvordan beskatningen skal skje. Dette er således ikke en sekundær konsekvens, men heller en side av den primære konsekvensen.

---

<sup>68</sup> Jeg tar ikke hensyn til eventuell rabatt ved kjøp av aksjer kontra innmatssalg.

For kjøpersiden oppstår det også spørsmål om den skattemessige behandlingen av transaksjonen. Spørsmålet knytter seg til om kjøper skal kunne behandle kjøpet som et kjøp av innmat eller om han er bundet av den opprinnelige transaksjonen – altså et aksjekjøp.

Ved overdragelse av en virksomhet (innmatssalg) vil salget bli anset som en skattemessig realisasjon av virksomheten, i vårt eksempel eiendommen, jf. 5-1, 2. ledd, jf. kap. 9, jf. § 14-44.

Selger skal foreta et gevinst- og tapsoppgjør. Dette har sammenheng med tidfesting av gevinsten eller tapet ved realisasjonen av eiendelen. Utgangspunktet er at selger kan velge å inntektsføre hele eller deler av vederlaget ved realisasjonen, jf. § 14-44, 1. ledd. Ved å føre gevinsten eller tapet på en gevinst- eller tapskonto innebærer dette at inntektsføringen av gevinsten eller fradragsføringen av tapet utsettes (skattekreditt).

Etter § 14-45, 4. ledd skal saldoen ved årets utgang inntektsføres/fradragsføres (avhengig av om den er positiv eller negativ) med ”*minst 20 % av saldoen (..)*”. Dette er minimumskravet. Selger kan velge å inntekts- fradragsføre en større andel av vederlaget.

For gjennomgang av fritaksmetoden viser jeg til det som er skrevet ovenfor under punkt. 4. og 5.

#### 6.4.1 Konsekvenser for selger

Mulig tenkbare konsekvenser av gjennomskjæringen i forhold til selgersiden i denne sammenheng knytter seg således for det første til hvilket skattesubjekt som skal beskattes for innmatssalget. Her kan det tenkes følgende alternativer:

- A) Holding AS beskattes som selger av innmaten og beholder vederlaget.
- B) Eiendom AS beskattes som selger av innmaten, men Holding AS beholder vederlaget.
- C) Eiendom AS beskattes som selger av innmaten og Holding AS overfører vederlaget til Eiendom AS.

Utgangspunktet er at det er det skattesubjekt som har realisert eiendelen og oppebåret fordelene/gevinsten som skal skattlegges. I dette tilfellet har den formelle transaksjonen skjedd som et aksjesalg fra Holding AS av aksjene i Bygården AS til Kjøper AS. Hvis det er fisjonen som gjennomskjæres, må Eiendom AS anses som det overdragende selskap og således er det Eiendom AS som har realisert bygården. Da er det Eiendom AS som er det skattesubjektet som skal skattlegges. Det er imidlertid Holding AS som har fått vederlaget av kjøper ved transaksjonen.

Det første løsningsalternativet er som nevnt å beskatte Holding AS for gevinsten. Her må transaksjonen bedømmes som et innmatssalg hvor inngangsverdien til Eiendom AS må trekkes fra salgsvederlaget.

Den andre mulige løsningen er at Holding AS beholder vederlaget, og Eiendom AS må betale skatten med de midler de har til rådighet. Dette vil da føre til en asymmetri i forhold til gjennomskjæringen, som bygger på at det er Eiendom AS som er selger og således beskattes uavhengig av om det har fått vederlag for ”salget”.

Den tredje løsningen er at Holding AS overfører vederlaget det fikk for aksjene i Bygården AS til Eiendom AS. Dette må kunne gjøres uten skattemessige konsekvenser for Holding AS og Eiendom AS. På denne måten blir det reelle forhold tilsvarende med den skattemyndigheten legger til grunn.

Jeg mener i utgangspunktet at løsningen (hvilket skattesubjekt som skal beskattes) må avhenge av hvilken transaksjon som gjennomskjæres. Det blir således et spørsmål om det er fisjonen eller det påfølgende aksjesalget som er subjektet for gjennomskjæringen.

I BFU 05/05<sup>69</sup> er det fisjonen som gjennomskjæres, jf. Skattedirektoratets drøftelse og konklusjon. Det siteres:

---

<sup>69</sup> BFU 05/05, op. cit.

*”Etter skattedirektoratets oppfatning er problemstillingen i det følgende om bruken av fisjonsreglene i dette tilfellet rammes av den ulovfestede gjennomskjæringsregelen slik at Bygården anses skattemessig realisert.”*

Den samme konklusjonen<sup>70</sup> kommer også Bjørn Slåtta til i sin artikkel – *”Fisjon med påfølgende skattefritt salg av aksjer – spørsmål om skattemessig gjennomskjæring”*<sup>71</sup> som uttaler at gjennomskjæringen i BFU 05/05 bør:

*”(..) anses som skatterettslig omklassifisering av fisjon og aksjesalg til innmatssalg. En naturlig konsekvens er da å beskatte Datter AS som om det hadde solgt eiendommen direkte til et aksjeselskap opprettet av kjøper.”*

Videre følger denne løsningen også av Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) punkt 2.6.1.3 s. 43:

*”Dersom det overdragende selskap videreføres etter en fisjon som ikke oppfyller vilkårene for skattefrihet, utløser overføringen av eiendeler realisasjonsbeskatning for det overdragende selskap, idet vederlagsaksjene skattemessig må tilordnes selskapet. Skatteposisjoner som framførbart underskudd, negativ saldo på gevinst- og tapskonto og tom positiv saldo mv, kan ikke overføres til det overtakende selskap. Aksjonærene gevinstbeskattes ved ombytting av aksjer i det overdragende selskap til aksjer i det overtakende selskap.”*

Ved å legge denne løsningen til grunn vil Eiendom AS måtte føre gevinsten på gevinstkontoen, og således oppnå utsatt beskatning (for den del av vederlaget som omfattes av §§ 14-40 flg.). Hvis Eiendom AS bare hadde blitt ansvarlig for den påløpte skatt, ville dette fått den konsekvens at selskapet måtte frigjort kapital for å betale skattekravet.

---

<sup>70</sup> Det skal bemerkes at forfatteren mener at begge transaksjonene gjennomskjæres i den nevnte artikkelen.

<sup>71</sup> Slåtta (2005)

På den annen side vil situasjonen bli den samme hvis en behandler fisjonen som en kapitalnedsettelse med utdeling til Holding AS, med påfølgende tingsinnskudd fra Holding AS i nystiftet aksjeselskap. Her vil utdelingen bli ansett som realisasjon/uttak av bygården i Eiendom AS. Uttak etter § 5-2 omfattes også av reglene i §§ 14-40 flg., jf. § 14-45, 5. ledd.

En beskatning kan også skje ut fra at Holding AS anses som selger av bygården. Dette vil innebære en beskatning av det skattesubjekt som har mottatt vederlaget i den formelle transaksjonen (aksjesalget). Her må i så fall Holding AS bli ansett som selger av bygården til kjøper, dette selv om de aldri har vært eier av den. Selv om beskatningen blir den samme som om Eiendom AS hadde blitt ansett som selger, mener jeg at denne løsningen har mindre for seg i form av at det er fisjonen som er subjektet for gjennomskjæringen, og videre at Holding AS ikke har vært eier av bygården.

Jeg er på bakgrunn av dette kommet til at det mest rettskildemessig korrekte er at Eiendom AS skattemessig anses som selger av bygården til Kjøper AS, og således at beskatningen må skje på Eiendom AS` hånd.

Størrelsen på gevinsten må også beregnes. Da utgangspunktet for transaksjonen er et aksjesalg, og ikke et innmatssalg, må vederlaget beregnes i etterkant. Dette må ta utgangspunkt i hva som er overført av eiendeler/aksjer og gjeld. Etter å ha kommet frem til en beregnet utgangsverdi, må inngangsverdien til Eiendom AS trekkes fra utgangsverdien.

#### 6.4.2 Konsekvenser for kjøper

Et kjøp av aksjer vil ofte ut fra et skattemessig ståsted være mindre gunstig enn kjøp av innmat/virksomhet. Dette fordi når man kjøper aksjene i et selskap, så overtar man de skattemessige verdiene som ligger i selskapet og på dets driftsmidler. Ved kjøp av innmat vil det overtakende selskap (Kjøper AS) kunne skrive opp verdien på driftsmidlene ved transaksjonen til tilsvarende beløp som er betalt for eiendelene ved ervervet, jf. § 14-42, 2. ledd, bokstav a. I det tilfelle en del av vederlaget kan henføres til goodwill, vil kjøper av en virksomhet kunne benytte denne ervervede goodwill til avskrivninger, jf. § 14-41, 1. ledd, bokstav b. Dette er ikke tilfelle for kjøp av aksjer.

Den aktuelle problemstillingen blir om Kjøper AS kan oppskrive eiendommens skattemessige kostpris til det beløp som tilsvarer den beregnede utgangsverdi for Eiendom AS ved innmatssalg.<sup>72</sup>

Det er uttalt at gjennomskjæringen skal ha begrensende virkninger, altså at gjennomskjæringen ikke skal trekkes lengre enn grunnlaget for gjennomskjæringen tilsier. Dette kommer også til uttrykk i Lignings-ABC 2006 s. 1088 punkt 4.2.3:

*”Den skatterettslige tilsidesettelse (gjennomskjæring) har heller ingen virkning når det gjelder andre sider ved skattleggingen enn de(n) transaksjon(er) eller del av transaksjon som er satt til side.”*

Dette momentet mener jeg taler mot en oppskrivning av kostprisen for kjøper i transaksjonen.

På den annen side er ikke gjennomskjæring ment til å brukes som en pønalt sanksjon. Den/de skattesubjekt som det gjennomskjæres ovenfor, skal ikke straffes. Til dette har ligningsmyndighetene regler om tilleggsskatt m.m.

Når skattemyndighetene legger til grunn at salget er et innmatssalg og beskatter gevinsten etter denne oppfatning, mener jeg at dette også må gjelde for kjøper i transaksjonen. Jeg mener at dette for det første støttes av det alminnelige symmetriprinsippet i skatteretten.

Hvis man legger dette til grunn, vil imidlertid dette medføre at kjøper oppnår en skattemessig gunstigere posisjon enn det han har betalt for. Transaksjonen var opprinnelig et kjøp av aksjer, med de følger dette har. Hvis han har anledning til å oppskrive inngangsverdiene på innmaten, vil dette innebære at han skattemessig får en gunstigere posisjon. Vekten av dette som et argument mot oppskrivning hos kjøper mener jeg

---

<sup>72</sup> Problemstillingen er hentet fra Bjørn Slåttas artikkel i Skatterett som nevnt tidligere i samme punkt.

imidlertid er liten, da han uansett ville hatt rett til dette om salget opprinnelig var et innmatssalg, og det faktum at selger er beskattet for et innmatssalg.

Til støtte for denne oppfatning kan Høyesteretts uttalelser i Zenith-dommen<sup>73</sup> anføres. Saken handlet om salg av samtlige aksjer i et selskap der aktivasisden i det vesentlige besto av finansaktiva og passivasiden av fondsavsetninger. Ligningsmyndighetene anså aksjeoverdragelsen som et salg av skatteposisjoner, og anvendte den ulovfestede gjennomskjæringsregel som hjemmel for å sette skattyters påstand til side. Høyesterett opphevet ligningen.

På side 1588 uttaler førstvoterende – dommer Rieber-Mohn følgende:<sup>74</sup>

*”Da gjennomskjæring ble besluttet, og avsetningene skulle inntektsføres hos Grønvold, lå situasjonen slik an for ligningsmyndighetene at samme inntekt var i ferd med å bli beskattet to ganger - både hos selskapet som nevnt og hos selgeren etter reglene om betydelig aksjesalg. For å unngå slik dobbeltbeskatning, ble det ved gevinstberegningen for selgeren tatt hensyn til at de betinget skattefrie avsetninger ble inntektsført i 1988. Men ved denne fremgangsmåte måtte man sette til side Finansdepartementets uttalelse om denne regel av 30. april 1984 (Utv-1984-382): ”Departementet antar at ”beskattede fonds” kun refererer seg til avsluttede inntektsperioder.” Jeg antar at denne uttalelse fra sentrale myndigheter er lagt til grunn i ligningspraksis, og den samsvarer etter min mening med en naturlig forståelse av loven. Da aksjesalget fant sted, og selger oppebar sin inntekt, var selskapets inntektsperiode ikke avsluttet og ”fondene” ikke beskattet. Jeg er imidlertid enig med ligningsmyndighetene i at dersom gjennomskjæring skulle skje, måtte dette få konsekvenser for gevinstbeskatningen av selgeren.”*

Det interessante ligger i den siste setningen hvor det uttales at gjennomskjæringen må ”få konsekvenser for gevinstbeskatningen av selger”. I vårt eksempel vil det også bli en form

---

<sup>73</sup> Rt. 1997 s. 1580

<sup>74</sup> Det skal bemerkes at dette er et obiter dictum, og således av mindre relativ vekt.



for dobbeltbeskatning i og med at Eiendom AS blir beskattet for et innmatssalg. Dette innebærer at skattemyndighetene beskatter gevinsten hos selger, mens kjøper i utgangspunktet ikke får aktivert inngangsverdien på eiendelene. Dette fører til at Kjøper AS ville hatt en høyere skattbar inntekt p.g.a. de lavere saldoverdiene.

I Bedrift, selskap og skatt<sup>75</sup> er problemstilling berørt i tilknytning gevinstbeskatning ved uttak på side 293. Det uttales:

*”Eksempel: Selskapet eier en tomt som har en antatt verdi på kr 2 300 000 og en kostpris på kr 2 100 000. Tomten overdras til en aksjonær for kr 2 000 000. Differansen på kr 300 000 er skattepliktig aksjeutbytte hos aksjonæren, og selskapet skal uttaksbeskattes for kr 200 000 (kr 2 300 000 – kr 2 100 000) – Hvis selskapets kostpris var kr 1 750 000 ville selskapet blitt gevinstbeskattet etter ordinære regler for kr 250 000 (kr 2 000 000 – kr 1 750 000) og uttaksbeskattet for kr 300 000 (kr 2 300 000 – kr 2 000 000).*

*Det har tidligere vært atskillig omdiskutert hva erververens inngangsverdi blir i slike tilfeller, jf. FINs vaklende holdning Utv. 1954 s. 393, Utv. 1955 s. 120 og Utv. 1961 s. 329. I den første uttalelsen nektes oppskrivning, i den annen godtas det, og i den tredje antas det at svaret beror på ”de nærmere omstendigheter i det enkelte tilfelle”. Dette uttaksregelen slik den nå lyder, blir selskapet alltid gevinstbeskattet etter sktl. § 5-2, 1. pkt., og det må derfor være klart at aksjonæren må kunne regne som sin inngangsverdi den verdi som ble lagt til grunn ved utbyttebeskatningen, i eksemplet kr 2 300 000.”*

Her legges det opp til en løsning hvor det er symmetri mellom selger (selskap) og kjøper (aksjonær). Dette taler etter min oppfatning for at det samme legges til grunn for gjennomskjæring av aksjesalg til innmatssalg.

---

<sup>75</sup> Zimmer (2006)

I samme retning taler også Hydro-dommen,<sup>76</sup> hvor Høyesterett uttalte at:

*”Hydro har anført at man bør være varsom med gjennomskjæring i internasjonale forhold fordi det ofte vil være umulig å korrigere de sidene av transaksjonene som faller utenfor norsk skattejurisdiksjon. Jeg tar ikke stilling til vekten av dette synspunkt i sin alminnelighet, men henviser til Riksskattenemnda i sitt vedtak har lagt til grunn at et beløp tilsvarende tapet på aksjene i Hydro Canada kan regnes med til inngangsverdien på Hydros aksjer i Hydro Danmark. Min konklusjon innebærer at også denne delen av Riksskattenemndas vedtak blir stående.”*

Selv om denne saken dreide seg om konsekvensen for det samme skattesubjektet (det overdragende selskap), viser uttalelsen at skattemyndighetene må ta hensyn til hele konsekvensen av gjennomskjæringen. Med dette mener jeg at skattemyndighetene også må ta hensyn til de videre konsekvenser som oppstår når de skal komme frem til korrekt ligning. Dette må gjelde både for selger og kjøper.

## 6.5 Sammenfatning

Som det fremgår av drøftelsen ovenfor, er jeg av den oppfatning at beskatningen av selger må følge av hvilken transaksjon som er subjektet for gjennomskjæringen. Dette støttes av en formell betraktning av at det er fisjonen som blir gjennomskjært, og derfor er det mest rettskildemessige riktige å bedømme Eiendom AS som skattemessig selger av bygården direkte til kjøper. Dette forutsetter imidlertid at Holding AS overfører vederlaget til Eiendom AS. På den annen side vil resultatet bli det samme om beskatningen skjer på Holding AS` hånd, ved at gevinst og tapsoppgjøret skjer hos Holding AS. Dette forutsetter at Holding AS kan benyttet seg av inngangsverdien til Eiendom AS. Denne løsningen vil kanskje også være den som er mest effektiv, da man ved denne løsningen unngår flere transaksjoner mellom Holding AS og Eiendom AS.

---

<sup>76</sup> Se punkt 5.2 for nærmere omtale av dommen

For kjøper er jeg av den oppfatning at inngangsverdien kan oppskrives til utgangsverdien hos selger. Dette følger for det første av Høyesteretts uttalelser i flere dommer,<sup>77</sup> samt oppfatningen hos FIN.<sup>78</sup> Videre taler også reelle hensyn for en lik behandling av selger og kjøper i et tilfelle som dette.

---

<sup>77</sup> Rt. 2002 s. 456, Rt. 1997 s. 1580

<sup>78</sup> Utv. 1955 s. 120, Utv. 1961 s. 329

## Litteraturliste

- Almvik, Fred-Ove og Vegard Kristiansen:* Bedriftsbeskatning i praksis. Sentralskattekontoret for storbedrifter, 3. utgave, Fagbokforlaget 2006.
- Banoun, Bettina:* Omgåelse av skattereglene – En studie av høyesterettspraksis. J. W. Cappelens forlag AS. Oslo 2003
- Bragstad, Linda H.:* ”Overligningsnemnda for storbedrifter – klagebehandling 2006” Skatterett. Årgang 2007. Nr. 02, s. 161-185
- Folkvord, Benn:* Fusjon og fisjon – Skatterettslige vilkår ved fusjon og fisjon av aksjeselskaper. Universitetet i Bergen, 2006.
- Gjems-Onstad, Ole:* Norsk Bedriftsskatterett. 6. utgave. Gyldendal Norske Forlag 2003
- Kvisli, Kåre:* Innføring i skatteretten. Oslo, 1962.
- Lignings-ABC 2006:* Fagbokforlaget, 2007.
- Slåtta, Bjørn:* ”Fisjon med påfølgende skattefritt salg av aksjer – spørsmål om skattemessig gjennomskjæring” Skatterett. Årgang 2005. Nr. 02, s. 128-152.
- Zimmer, Frederik:* Lærebok i skatterett. 5. utgave. Universitetsforlaget, 2005.
- Zimmer, Frederik i samarbeid med BA-HR:* Bedrift, selskap og skatt, 4. utgave, Universitetsforlaget, 2006.
- Aarbakke, Magnus:* Omgåelse av skattereglene som rettsanvendelsesproblem, LoR 1970

## Lov- og forarbeidregister

- 1999 Lov om skatt og formue av 26. mars nr. 14
- 1911 Lov om skatt og formue av 18. august nr. 8

Ot.prp.nr. 16 (1991-1992) Oppfølging av skattereformen 1992  
Ot.prp.nr 71 (1995-1996) Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper  
Ot.prp.nr 1 (2004-2005) Skatte- og avgiftsopplegget 2005 - lovendringer  
Ot.prp.nr 62 (2006-2007) Om lov om endringer i skattelovgivningen (internprising)

### **Domsregister**

Rt. 1921 s. 331  
Rt. 1921 s. 462  
Rt. 1924 s. 435  
Rt. 1925 s. 472  
Rt. 1927 s. 386  
Rt. 1927 s. 1064  
Rt. 1928 s. 495  
Rt. 1963 s. 478  
Rt. 1997 s. 1580  
Rt. 1999 s. 946  
Rt. 2000 s. 1865  
Rt. 2002 s. 465  
Rt. 2006 s. 1232  
RG. 2005 s. 1542

Utv. 1954 s. 393  
Utv. 1955 s. 120  
Utv. 1961 s. 329  
Utv. 2006 s. 153 (Sak-2001-004OLN)  
Sak 2003-006OLN

BFU 05/05, 1. mars 2005 – Spørsmål om den skattemessige behandling ved utfisjoning og etterfølgende salg av aksjene (skatteloven § 2-38 og ulovfestet gjennomskjæring).

